Grenzen des Verfolgungsrechts nach § 44 der Konkursordnung.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Rostock

vorgelegt von

Hans Jacobs
Gerichtsassessor
Hilfsrichter am Amtsgericht Rostock

Rostock
Carl Hinstorffs Hofbuchdruckerei
1928

Referent: Professor Dr. Walsmann.

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

Literaturverzeichnis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Aufl., 1927.

Adler: Zur Lehre vom Uebergang der Ware vom Verkäufer an den Käufer in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht, Bd. 86, S. 273 ff.

Dernburg: Pandekten, Jg. 1884.

Düringer-Hachenburg: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., 1913.

Fitting: Das Reichskonkursrecht, 3. Aufl., 1904.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts.

Hellmann: Lehrbuch des Konkursrechts.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, 5. Aufl., 1916.

Derselbe: Konkursrecht in der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kohlrausch-Kaskel, 1924.

Kluge, Bruno: Die rechtliche Natur des dem Verkäufer und Einkaufskommissionär nach § 44 KO. gewährten Verfolgungsrechts. Breslauer Diss. 1909.

Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts.

Derselbe: Leitfaden des Konkursrechts, 2. Aufl., 1903.

Lahusen, Diedrich: Die Entwicklung des Verfolgungsrechts zu einem Forderungsrecht besonderer Art. Leipziger Diss. 1917.

Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, 1908.

Lewin, Miron: Distanzkauf und Verfolgungsrecht. Heidelberger Diss. 1914.

Litthauer-Mosse: Handelsgesetzbuch, 16. Aufl., 1920.

Mentzel: Konkursordnung, 1926.

Meyer, Martin: Die rechtliche Stellung des Spediteurs gegenüber dem Verfolgungsrecht des Verkäufers oder Einkaufskommissionärs aus § 44 KO. Leipziger Diss. 1909.

Oetker: Einfluß der Konkurseröffnung auf zweiseitige Verträge in Ztschr. f. deutsch. Ziv.-Prozeß. Bd. 14.

Oetker, Friedrich: Das Verfolgungsrecht (Right of stoppage in transitu) nach § 36 der Reichskonkursordnung, Kassel 1883.

Petersen-Kleinfeller: Konkursordnung, 4. Aufl., 1908.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Pott, Gerhard: Das Verfolgungsrecht in seinem Verhältnis zu den Wirkungen des Frachtbriefes, Frachtbriefduplikats, Konnossements und Ladescheins. Heidelberger Diss. 1910.
v. Sarwey-Bossert: Konkursordnung, 4. Aufl., 1901.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
Siegert: Rechtsnatur und Wirkungen des Rückforderungsrechts (Verfolgungsrechts) nach § 44 der Reichskonkursordnung in Ztschr. f. ges. Handelsrecht u. Konkursrecht, Bd. 88, S. 279 ff.
Silberstein: Das Verfolgungsrecht des Verkäufers im Insolvenzfalle des Käufers, in Ztschr. f. ges. Handelsrecht u. Konkursrecht, Bd. 81, S. 70 ff.; S. 289 ff.
Staub: (Koenige,, Pinner, Bondi) Handelsgesetzbuch, 12. u. 13. Aufl., 1927.
Stössel, Rudolf: Das Verfolgungsrecht (Right of stoppage in transitu) nach § 44 der KO. Heidelberger Diss. 1913.
Sydow-Busch-Krieg: Konkursordnung und Anfechtungsgesetz, 13. Aufl., 1923.
Freiherr v. Völderndorff: Konkursordnung, 1879.
Willenbücher: Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, 3. Aufl., 1909.
v. Wilmowsky-Kurlbaum: Konkursordnung, 6. Aufl., 1906.
Wolff: Konkursordnung, 2. Aufl., 1921.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung:

§ 1: Geschichtliche Vorbemerkung 7
§ 2: Die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts . . . 10

I. Hauptteil:

Voraussetzungen des Verfolgungsrechts.

§ 3: Ein Warenkauf oder eine Einkaufskommission . . 14
§ 4: Ein Versendungsgeschäft 16
§ 5: Nichtbezahlung des Kaufpreises 21
§ 6: Voraussetzung der noch nicht erfolgten Ablieferung 23
§ 7: Der Nichteintritt des Konkursverwalters in den Kaufvertrag 30

II. Hauptteil:

Inhalt und Wirkungen des Verfolgungsrechts.

I. Abschnitt:

Gegenüber der Konkursmasse.

§ 8: Der Aussonderungsanspruch des § 44 KO. 34
§ 9: Der Anspruch auf Ersatzaussonderung aus § 46 KO. . 40

II. Abschnitt:

§ 10: Die Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner . . 45

III. Abschnitt:

§ 11: Die Rechtsstellung Dritter 48

IV. Abschnitt:

§ 12: Die Geltendmachung des Verfolgungsrechts . . . 54

Schluß:

§ 13: Internationales Recht 59

EINLEITUNG.

§ 1. Geschichtliche Vorbemerkung.

Das Verfolgungsrecht dient dem Zwecke, den Verkäufer einer Ware, welche noch nicht vollständig bezahlt ist, im Insolvenzfalle des Käufers zu schützen, indem es ihm unter gewissen Voraussetzungen gestattet, dieselbe wieder an sich zu bringen und durch Ausscheidung aus der Konkursmasse der Befriedigungsmöglichkeit der konkurrierenden Gläubiger des Gemeinschuldners zu entziehen.

Es handelt sich um ein Rechtsinstitut, das — zwar im einzelnen verschieden ausgestaltet — seit langem „ein Weltrecht, ein universelles Institut der okzidentalen Staaten" geworden ist [1]).

Es gehört zu denjenigen Rechtsinstituten, welche sich aus Billigkeitsrücksichten aus den Bedürfnissen des Handelsverkehrs entwickelt haben.

Im römischen Recht genoß der unbezahlte Verkäufer einen umfassenden Schutz gegen die Insolvenz seines Käufers. Bis zur Bezahlung des Kaufpreises oder dessen Stundung blieb der Verkäufer Eigentümer der verkauften Sache trotz erfolgter Uebergabe derselben. Im Falle der Konkurseröffnung konnte er die Sache als ihm gehörig vindizieren [2]).

Diese Grundsätze sind auch vom gemeinen Recht übernommen worden.

Während in der älteren Zeit die Kreditierung des Kaufpreises die Ausnahme bildete, trat mit der fortschreitenden Entwicklung des Verkehrs der Kreditkauf immer mehr in den Vordergrund. Er wurde zur regelmäßigen Form des Kaufgeschäfts.

---

1) Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, S. 172.

2) D. 18, 1, 19; J. 2, 1, 41.

Die gemeinrechtliche Praxis entwickelte sich dahin, daß das Vorliegen eines Kreditgeschäftes vermutet und eine unbedingte Uebereignung angenommen wurde, sofern nicht aus den besonderen Umständen des Falles sich ergab, daß der Eigentumsübergang nur unter der Bedingung der Zahlung des Kaufpreises gewollt sei.

Hieran änderte auch die Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers nichts. Der Verkäufer, der nicht mehr Eigentümer der Ware geblieben war, hatte keinen Aussonderungsanspruch mehr, sondern war auf die seiner Kaufpreisforderung entsprechende Konkursdividende angewiesen.

Diese Unzulänglichkeit des gemeinen Rechts bezgl. des nach Billigkeitsgrundsätzen dem Verkäufer gebührenden Rechtsschutzes wurde noch unerträglicher, als die fortschreitende Rechtsentwicklung die Grundsätze vom Eigentumsübergang wesentlichen Aenderungen unterwarf.

Die Entwicklung führte nämlich dahin, daß auch schon vor der körperlichen Uebergabe das Eigentum auf den Erwerber überging. Der Uebergabe des Gutes wurde die Uebergabe der sogenannten handelsrechtlichen Traditionspapiere sowie die Uebergabe des Frachtbriefes unter gewissen Umständen gleichgestellt [3]).

Damit wurde die Möglichkeit des Verkäufers, im Falle des Konkurses mit der rei vindicatio gegen seinen Käufer vorzugehen, immer weiter eingeschränkt.

Die Forderung nach einem besonderen Schutz für den Verkäufer, der kurz vor der Insolvenz des Käufers die noch nicht vollständig bezahlte Ware abgesendet hatte, trat im Handelsverkehr immer mehr hervor. Rechtslehre und Rechtspraxis suchten einen solchen Schutz schon aus dem positiven Recht zu begründen.

In der Praxis bildete sich der Satz aus, daß der Verkäufer befugt sei, die verkauften und in den Gewahrsam des Käufers gelangten Waren im Falle des Konkurses unter gewissen Voraussetzungen zu reklamieren [4]).

In der Rechtslehre wurde durch verschiedene Konstruktionen versucht, diesen in der Praxis herausgebildeten Rechtssatz zu begründen. So wurde die Grundlage dieses An-

3) Dernburg, Pandekten, § 215, 2.

4) Silberstein, in Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. 31, S. 87.

spruchs von manchen Schriftstellern in der clausula rebus sic stantibus gefunden. Ueberwiegend jedoch wurde von der präsumtiven Voraussetzung ausgegangen, daß dem insolventen Käufer ein dolus zur Last falle, der den Eigentumsübergang verhindere. Infolgedessen sollte der unbezahlte Verkäufer die Ware vindizieren können, und zwar auch bei jedem dritten Erwerber derselben.

Wenn diese Konstruktionen vom Standpunkte der gemeinrechtlichen Theorie aus auch als unhaltbar anzusprechen sind, so zeigen sie doch, daß gewohnheitsrechtlich schon damals ein besonderer Schutz des Verkäufers gegen die Insolvenz seines Käufers sich eingebürgert hatte.

Das Verfolgungsrecht wurde auch in vielen deutschen, italienischen, niederländischen und anderen Statutarrechten anerkannt [5]).

Nach der älteren Form, droit de suite im engeren Sinne [6]), kann der Verkäufer sowohl bei Platz- wie bei Distanzgeschäften Rückgabe der vor Ausbruch des Konkurses an den Käufer bereits abgelieferten Ware verlangen.

Das englische Recht bedeutet in der Geschichte des Verfolgungsrechts ein neues Stadium. Es kommt im englischen Gewohnheitsrecht zur Ausbildung einer milderen Form des Verfolgungsrechts.

Nunmehr steht dieses Recht dem unbezahlten Verkäufer nur noch bei Distanzgeschäften zu. Weiter wird verlangt, daß bei Eintritt der Insolvenz des Käufers die Ware noch auf dem Transport befindlich ist, sei es in den Händen des Transporteurs oder einer seiner Mittelspersonen oder wenigstens doch noch nicht in den Gewahrsam des Käufers oder einer Person, welche sie zu dessen Verfügung hält, gelangt ist. (Right of stoppage in transitu.)

Diese englische Form des Verfolgungsrechts diente den Gesetzgebungen der neueren Zeit vielfach zum Vorbilde. Auch in Frankreich wurde bei der Codification des Konkursrechts im code de commerce das alte droit de suite in ein dem englischen Vorbilde entsprechendes „droit de révendication“ umgewandelt.

---

5) Eine eingehende Zusammenstellung findet sich bei Silberstein, a. a. O., S. 93 ff.

6) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 858.

In Abweichung vom englischen Recht wurde im französischen Recht die Voraussetzung des Anhaltens der Ware in transitu fallen gelassen.

In dieser abgewandelten Form wurde das right of stoppage auch in verschiedenen deutschen Particulargesetzgebungen zur Geltung gebracht. So insbesondere in der preußischen Konkursordnung vom 8. Mai 1855, die für die Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877 vorbildlich wurde. Die Neufassung der Konkursordnung vom 17./20. Mai 1898 hat in ihrem § 44 den § 36 der alten Fassung unverändert aufgenommen.

§ 2. Die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts.

Die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts ist in Rechtslehre und Rechtsprechung lebhaft umstritten [1]). Mit einer gewissen Berechtigung läßt sich behaupten, daß „wir uns hier auf juristischem Kriegsgebiet befinden“ [2]).

Für das praktische Leben ist diese Streitfrage besonders von Bedeutung hinsichtlich der Rechtsstellung dritter Erwerber. Doch muß man sich hüten, der Streitfrage eine übertriebene Bedeutung beizumessen.

Auch hinsichtlich der Wirkung des Verfolgungsrechts gegenüber Dritten ist ein Ausgleich zwischen den verschiedenen Theorien insofern festzustellen, als auch diejenigen, welche dem Verfolgungsrecht den dinglichen Charakter absprechen, den Verkäufer gegen arglistige Schädigungen seitens Dritter nicht schutzlos lassen [3]). Andererseits erkennen auch die Anhänger der dinglichen Theorie an, daß das Verfolgungsrecht nicht gegen gutgläubige Dritte wirkt, wobei

1) Für den obligatorischen Charakter des Rechts sprechen sich aus z. B.: Jäger, § 44, Anm. 5, 23; Kohler, Leitfaden, S. 115; Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 180 ff.; Mentzel, § 44, Anm. 6; v. Wilmowsky, S. 208; Fitting, § 22, Anm. 22; Oetker, Verfolgungsrecht, S. 52 ff.; für den dinglichen Charakter: z. B. Staub, Exkurs zu § 382 HGB., Anm. 10; Petersen-Kleinfeller, § 44, Anm. 20; v. Sarwey-Bossert, § 44, 6, RG. Bd. 8, S. 84.

2) Siegert, a. a. O., S. 303.

3) Vergl. z. B. Wilmowsky, S. 208; Mentzel, S. 210.

allerdings im einzelnen Abweichungen darüber bestehen, wann ein guter Glaube anzunehmen sei. Jedoch wird allgemein anerkannt, daß der gute Glaube durch das Wissen, daß der Kaufpreis nicht bezahlt sei, nicht in Frage gestellt wird.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Abhandlung, sich mit den verschiedenen Theorien im einzelnen auseinanderzusetzen.

Nur soviel mag gegenüber den Anhängern der dinglichen Theorie hervorgehoben werden, daß es nicht angeht, mit Hilfe der Grundsätze über den Schutz des guten Glaubens den berechtigten Interessen Dritter gerecht zu werden.

Wie Mentzel[4]) zutreffend betont, fehlen für die Anwendung dieser Grundsätze die Voraussetzungen. Denn der Käufer, der vor der Konkurseröffnung das Eigentum an der Ware erlangt und Dritten das Eigentum oder ein sonstiges dingliches Recht an der Ware eingeräumt hat, hat dies als Verfügungsberechtigter getan. Der Dritte hat in Wahrheit vom verfügungsberechtigten Eigentümer erworben! Seines guten Glaubens bedurfte es also gar nicht, um das Verfolgungsrecht des Verkäufers auszuschließen.

Auch wenn man dem Verfolgungsrecht die Wirkung beilegen wollte, daß das Eigentumsrecht des Käufers ex tunc aufgehoben werde, so würde dies doch nichts an der Tatsache ändern, daß der Dritte als vom verfügungsberechtigten Eigentümer erwerbender Käufer der Ware Eigentümer geworden ist. Denn im Zeitpunkt des Dritterwerbes bestand jedenfalls die Wirkung einer Aufhebung des Eigentums des veräußernden Käufers ex tunc noch nicht.

Der Gesetzgeber hat sich einer Entscheidung über die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts absichtlich enthalten.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes (kann ... zurückfordern) spricht zwar nicht unbedingt gegen den dinglichen Charakter dieses Rechts, berechtigt aber doch mehr zu der Annahme eines obligatorischen Rechts.

Aus dem Umstand, daß das Verfolgungsrecht kraft positiver Gesetzesvorschrift zu einem Aussonderungsrecht ausgestaltet ist, kann der dingliche Charakter desselben nicht

4) a. a. O., § 44, Anm. 6.

gefolgert werden. Denn auch nach § 43 der Konkursordnung können persönliche Ansprüche zur Aussonderung berechtigen.

Deshalb kann Staub[5]) nicht zugestimmt werden, wenn er behauptet, das beste Zeichen der Dinglichkeit liege darin, daß der Berechtigte „einen Aussonderungsanspruch an einem dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstande habe".

Gegen diese Beweisführung hat Jaeger mit trefflichen Gründen energisch Stellung genommen. Insbesondere betont er mit Recht, daß es ein innerer Widerspruch sei, von einem dinglichen Aussonderungsrecht an einem dem Gemeinschuldner gehörigen Gegenstande zu reden, „denn soweit die Dinglichkeit der Berechtigung des Dritten reicht, soweit gehört der Gegenstand dem Gemeinschuldner eben nicht"[6]).

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche ursprünglich der dinglichen Theorie folgte, ist mehr und mehr dazu übergegangen, sich für den obligatorischen Charakter des Verfolgungsrechts auszusprechen.

Während in RG. Bd. 8, S. 86, noch angenommen ist, daß die Entstehung des Rückforderungsrechts die Nichtigkeit des früheren Eigentumsübergangs zur Folge habe, also dingliche Wirkung ex tunc äußere, wird in RG., Bd. 32, S. 19, der Verfolgungsanspruch definiert als das Recht des Verkäufers, die Eigentums- und Besitzübertragung an der abgesendeten Ware im Falle des Konkurses des Käufers „rückgängig zu machen".

Auch RG. Bd. 41, S. 334, spricht von „Wiederaufhebung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts".

Aus diesen letzteren Entscheidungen ergibt sich die Aenderung des reichsgerichtlichen Standpunktes dahin, daß das Verfolgungsrecht einen persönlichen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums verleiht.

Zuzustimmen ist der herrschenden Meinung, die den obligatorischen Charakter des Verfolgungsrechts betont, denn nur so können die berechtigten Interessen Dritter gebüh-

---

5) Anhang zu § 382 HGB., Anm. 100, 113.

6) § 44, Anm. 5.

rend berücksichtigt werden, ohne daß hierdurch etwa der Schutzzweck dieser Gesetzesbestimmung zum Nachteil des Absenders ungebührlich eingeengt wird.

Die rechtliche Natur des Verfolgungsrechts wird am besten gekennzeichnet mit den Worten des Reichsgerichts in RG. Bd. 41, S. 334:

„Das Verfolgungsrecht erzeugt eine Obligation, die sich zwar an ein Vertragsverhältnis anknüpft, substantiell aber nicht auf diesem Vertragsverhältnis, sondern auf dem Gesetz beruht."

I. HAUPTTEIL.

Voraussetzungen des Verfolgungsrechts.

§ 3. Ein Warenkauf oder eine Einkaufskommission.

Das Verfolgungsrecht hat in erster Linie zur Voraussetzung das Vorliegen eines Kaufvertrages oder einer Einkaufskommission.

Das Aussonderungsrecht des § 44 ist neben dem Verkäufer auch dem Einkaufskommissionär eingeräumt, und zwar nicht nur dann, wenn er durch Selbsteintritt die Verkäuferstellung erlangt hat.

Denn der Einkaufskommissionär bedarf des Schutzes, den § 44 KO. gewährt, in gleicher Weise wie der Verkäufer. Der Kontrahent des Einkaufskommissionärs tritt zu dem Kommittenten in keine Rechtsbeziehung, ihm steht im Falle des Konkurses des Kommittenten das Verfolgungsrecht nicht zu.

Da nun aber der Einkaufskommissionär seinem Verkäufer für den Kaufpreis haftet, so gebietet es die Billigkeit, daß ihm anstelle des Verkäufers das Verfolgungsrecht zugebilligt wird, trägt er doch dasselbe Risiko wie jeder Verkäufer.

Das Verfolgungsrecht bezieht sich nur auf „Waren". Eine Begriffsbestimmung der Ware enthält das Gesetz nicht.

Wie aus § 1 des HGB. zu folgern ist, können unter Waren jedenfalls nur bewegliche Sachen verstanden werden. Doch können nicht alle beweglichen Sachen als Waren i. S. des Gesetzes angesehen werden. Das HGB. hat dadurch, daß es in § 1, Ziff. 1 den Worten beweglichen Sachen den Zusatz (Waren) beigefügt hat, nicht zum Ausdruck bringen wollen, daß alle beweglichen Sachen Waren seien. Dieser Zusatz will vielmehr kennzeichnen, daß von den beweglichen Sachen nur diejenigen als Waren zu gelten haben, die regel-

mäßig durch Anschaffung und Weiterveräußerung als Gegenstand des Handelsverkehrs dienen [1]).

Der Begriff der Ware wird für den Bereich des § 44 KO. in einem weiteren Sinne auszulegen sein als dieser handelsrechtliche Begriff. Nach dem Handelsgesetzbuch fallen nämlich Wertpapiere nicht unter den Begriff der „Waren". Dies ergibt sich deutlich aus der Gegenüberstellung von „Waren" und „Wertpapieren" in § 1, Ziff. 1 bzw. § 381 HGB.

Die Konkursordnung ist jedoch noch unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs entstanden. Für den Warenbegriff des alten Handelsgesetzbuchs herrschte Einverständnis darüber, daß die Waren von den Wertpapieren nicht zu unterscheiden seien, die Wertpapiere vielmehr von dem Warenbegriff mit umfaßt wurden.

Deshalb wird allgemein in Rechtslehre und Rechtsprechung der Warenbegriff des § 44 KO. in diesem weiteren Sinne aufgefaßt.

Doch wird auch hinsichtlich der Wertpapiere entsprechend dem handelsrechtlichen Begriff „Ware" eine Einschränkung dahin zu machen sein, daß als Waren nur solche Wertpapiere in Betracht kommen, welche infolge ihrer leichten Uebertragbarkeit für den Handelsverkehr geeignet sind und bei denen das Recht des Erwerbers von dem des Vormannes unabhängig ist [2]), z. B. Staatspapiere [3]), Aktien, Wechsel usw., hingegen nicht Hypotheken, Grundschuld- und Rentenschuldbriefe [4]), auch nicht Gesellschaftsanteile.

Aus der Verwendung des Begriffes „Ware" im § 44 KO. darf nicht gefolgert werden, daß Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung das Vorliegen eines Handelsgeschäfts i. S. des § 343 HGB. sei.

Eine solche Einschränkung des Anwendungsgebietes des § 44 KO. würde dem Schutzzweck dieses Rechtsinstitutes zu enge Grenzen setzen. Gerade der Nichtkaufmann, der im allgemeinen viel weniger in der Lage ist, die Kreditfähigkeit

1) So Staub, § 1, Anm. 38; Düringer-Hachenburg, § 1, Anm. 19; RG., Bd. 74, S. 161.

2) RG., Bd. 16, S. 84; Bd. 40, S. 134.

3) RG., Bd. 36, S. 39.

4) RG., in Seuff. Arch., Bd. 46, Nr. 41.

seines Kontrahenten richtig zu beurteilen, bedarf in erster Linie diesen Schutz. Es ist daher zwar zu fordern, daß die herausbegehrte Sache Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann — d. h. Ware ist —, nicht aber ist erforderlich, daß sie auch in concreto den Gegenstand eines Handelsgeschäfts bildet.

Es braucht keine der Vertragsparteien Kaufmann zu sein. Das Verfolgungsrecht hat stets zur Anwendung zu kommen, wenn eine Ware Gegenstand des Kaufvertrages ist, sofern die weiteren Voraussetzungen des § 44 KO. gegeben sind [5]).

Da es sich bei § 44 um eine Ausnahmebestimmung handelt, so wird man bei der Frage, inwieweit eine Anwendung auf Fälle in Frage kommt, welche analog gelagert sind, vorsichtig zu verfahren haben.

Keinem Bedenken dürfte es unterliegen, die Anwendbarkeit dieser Gesetzesbestimmung auch auf solche Vertragsarten zu bejahen, welche schon durch positive Gesetzesbestimmungen den Regeln des Kaufes unterworfen sind.

So kann unbedenklich das Verfolgungsrecht auch im Falle eines Tauschvertrages gewährt werden [6]). Auch für den Werklieferungsvertrag (§ 651, Abs. 1 BGB.) und für die Werklieferungskommission (§ 406, Abs. 2 HGB.) wird die Anwendbarkeit zu bejahen sein [7]).

§ 4. Ein Versendungsgeschäft.

Voraussetzung des Verfolgungsrechts ist weiter, daß die Ware „von einem anderen Orte an den Gemeinschuldner abgesendet ist".

Es muß also ein sogen. Distanzgeschäft vorliegen. Keine Anwendung findet § 44 auf Versendungen innerhalb derselben Ortschaft, bei sogen. Platzgeschäften.

---

5) Z. B. Jaeger, § 44, Anm. 1; Petersen-Kleinfeller, Anm. 4; Wilmowsky, Bem. 3; Staub, § 382, Anm. 101; Oetker, Verfolgungsrecht, S. 11.

6) Z. B. Willenbücher, § 44, Anm. 1; a. M. Silberstein, a. a. O., Bd. 81, S. 329; der jede ausdehnende Auslegung ablehnt.

7) Z. B. Mentzel, § 44, Anm. 2.

Ob eine Versendung sich innerhalb derselben Ortschaft vollzieht, wird nach der Einteilung der Ortschaften in politische Gemeinden zu beurteilen sein. Auf die Entfernung der Ortschaften von einander kommt es hierbei nicht an. Während z. B. bei einer Versendung innerhalb des Stadtbezirkes Berlin ein Platzgeschäft anzunehmen und das Verfolgungsrecht deshalb zu versagen ist, wird ein solches z. B. bei einer Versendung von Rostock nach Gehlsdorf dem Absender zuzubilligen sein.

Gleichgültig für die Anwendbarkeit des § 44 ist es, ob es sich um einen sogen. Fernkauf oder qualifizierten Versendungskauf handelt, bei welchem es sich um die Versendung an den Erfüllungsort handelt, oder ob ein gewöhnlicher Versendungskauf in Frage steht, bei welchem die Versendung an einen anderen als den Erfüllungsort erfolgt. Diese Unterscheidung hat für die Frage der Gefahrtragung beim Distanzkauf zwar entscheidende Bedeutung, spielt aber hier keine Rolle. Denn die Gefahrtragung ist für die Frage des Schutzes des Absenders gegen die Insolvenz seines Käufers ohne Einfluß. Entscheidend ist allein, ob er die Ware bereits aus der Hand gegeben hat.

Deshalb ist auch nicht Voraussetzung, daß zwischen den Vertragsparteien überhaupt eine Vereinbarung über ein Distanzgeschäft getroffen ist, oder daß eine Rechtspflicht des Absenders zur Uebersendung der Ware sich auf Grund eines Handelsgebrauchs ergibt. Die bloße Tatsache der Versendung reicht hin, um dem Verkäufer beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen den Schutz des § 44 zu sichern.

Selbst wenn er entgegen einer ausdrücklichen Vereinbarung die Ware dem Käufer zusendet, so berührt dies die Geltendmachung des Verfolgungsrechts in keiner Weise.

Für die Anwendbarkeit des § 44 ist es weiter auch gleichgültig, ob der Verkäufer die Versendung der Ware selbst vornimmt oder sich einer Mittelsperson — z. B. seines Lieferanten oder eines Spediteurs — bedient. Selbst wenn die Versendung im Auftrage des Käufers ausgeführt wird, ist das Verfolgungsrecht des Verkäufers nicht ohne weiteres ausgeschlossen, es sei denn, daß es sich bei der Aushändigung der Ware an die vom Käufer mit dem Transport be-

auftragte Mittelsperson um eine Ablieferung i. S. des Gesetzes handelt.

Denn durch die Ablieferung an einen zur Empfangnahme berechtigten Beauftragten des Käufers verliert der Verkauf den Charakter des Versendungskaufes und muß als Platzgeschäft beurteilt werden [1]).

Dagegen unterliegt es Bedenken, wenn man das Vorliegen eines Distanzgeschäftes auch für den Fall verneint, wenn die körperliche Uebergabe der Ware ersetzt wird durch ein constitutum possessorium in der Art, daß der Verkäufer die Ware für den Käufer in Verwahrung nimmt und alsdann die Ware auf dessen Abforderung übersendet [2]).

Vielmehr wird man für das Vorliegen eines Platzgeschäftes sich nur dann aussprechen können, wenn die Ware wirklich in den Gewahrsam des Käufers oder eines zur Empfangnahme besonders ermächtigten Stellvertreters gelangt ist [3]).

Allerdings ist für die Anwendbarkeit des § 44 auch in den letztgenannten Fällen weitere Voraussetzung, daß die Absendung vor der Konkurseröffnung bereits begonnen hat. Dem Verkäufer, welcher zur Zeit der Konkurseröffnung Ware bei sich lagern hat, welche dem Käufer bereits übereignet ist, steht das Verfolgungsrecht nicht zu [4]).

Die Ansicht Kohlers [5]), daß in diesem Falle dem Verkäufer ein Zurückbehaltungsrecht als ein Minus gegenüber dem Verfolgungsrecht zustehe, kann nicht gebilligt werden. Das Verfolgungsrecht und das Zurückbehaltungsrecht sind nach Voraussetzungen und Wirkungen so verschieden ausgestaltet, daß man das erstere nicht als bloße Erweiterung des letzteren kennzeichnen darf.

Auch der Schutzzweck des § 44 KO., der sich ausdrücklich auf den Versendungskauf beschränkt, unterstützt die An-

---

1) RG., Bd. 6, S. 60; J.W. 10, Sp. 394; Mentzel, § 44, Anm. 4.

2) RG., Bd. 33, S. 25; Mentzel, a. a. O., Anm. 4.

3) Z. B. v. Sarwey-Bossert, § 44, Anm. 1.

4) A. M. v. Völderndorff, § 36c, der die Worte „an den Gemeinschuldner abgesendet" gelesen haben will, als: „sogar wenn sie an den Gemeinschuldner abgesendet sind".

5) Lehrbuch, S. 174.

sicht Kohlers nicht. Falls der Gesetzgeber ein derartiges Zurückbehaltungsrecht dem Verkäufer hätte zubilligen wollen, so würde dies sicher expressis verbis zum Ausdruck gebracht worden sein.

Die Versendung der Ware muß an den Gemeinschuldner — d. h. an den nach Absendung der Ware in Konkurs geratenen Käufer — erfolgen. Nur wenn dieser als Adressat der Ware bezeichnet ist, kann das Verfolgungsrecht ausgeübt werden.

Erfolgt die Versendung auf Anweisung des Käufers an einen Dritten, so findet § 44 keine Anwendung. Der Verkäufer kann in diesem Falle nur von den allgemeinen Rechtsbehelfen Gebrauch machen, z. B. kann er, soweit die Ware noch nicht gem. §§ 433, 435 HGB. in die Verfügungsgewalt des Dritten gelangt ist, von seinem Verfügungsrecht über die Ware Gebrauch machen und den Frachtführer anweisen, die Ware ihm zurückzugeben.

Ein Versendungskauf ist ferner nicht anzunehmen, wenn der Verkäufer den für ihn einem Dritten gegenüber begründeten Anspruch auf Lieferung dem Käufer abgetreten hat und daraufhin der Käufer den Dritten mit der Zusendung der Ware beauftragt hat [6]).

Dagegen will Wilmowsky dem Verkäufer auch für diesen Fall das Verfolgungsrecht einräumen, denn „auch hier werden die Waren abgesendet und die wirtschaftliche Gefahr, daß der Verkäufer die Ware unter Kreditgewährung aus der Hand gibt, liegt auch hier vor“ [7]).

Dies Argument allein kann nicht durchschlagen, denn aus denselben Gründen müßte dann auch dem Verkäufer das Verfolgungsrecht zustehen, wenn er die Ware im Auftrage des Gemeinschuldners an einen Abnehmer des letzteren absendet.

Es ist vielmehr hervorzuheben, daß das Verfolgungsrecht um deswillen keine Anwendung finden kann, weil die

---

6) RG., Bd. 27, S. 88; Staub, Anh. zu § 382 HGB., Anm. 103; Mentzel, § 44, Anm. 4; Sydow-Busch, KO., § 44, Anm. 5.

7) a. a. O., § 44, Anm. 4.

Absendung der Ware unabhängig von dem ursprünglichen Kaufgeschäft auf Grund der Forderungszession erfolgt.

Dagegen steht dem Verkäufer das Verfolgungsrecht dann zu, wenn er seinen Verkäufer beauftragt, die Ware dem Gemeinschuldner zuzusenden. Denn hier erfolgt die Versendung im Gegensatz zum vorigen Fall innerhalb des Rahmens des Hauptgeschäfts.

Da das Verfolgungsrecht voraussetzt, daß die Ware abgesendet ist, so bedarf es der Klarstellung, wann eine Ware als „abgesendet" anzusehen ist.

Als Zweck des § 44 haben wir gefunden: Schutz des Verkäufers, der die Ware aus der Hand gegeben hat, gegen die Insolvenz des Käufers.

Aus diesem Schutzzweck heraus wird man als maßgebenden Zeitpunkt, in welchem die Absendung beginnt, anzusehen haben den Moment, in welchem der Verkäufer sich der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Ware begeben hat, derart, daß eine unmittelbare Einwirkung auf dieselbe ihm nunmehr entzogen ist. Deshalb hat die Versendung noch nicht begonnen, wenn die Ware den Arbeitern des Verkäufers zwecks Anrollens zur Bahn übergeben ist, da hier die tatsächliche Verfügungsgewalt (Mitgewahrsam) des Verkäufers noch besteht.

Dagegen ist mit der Absendung bereits begonnen, wenn die Ware dem Spediteur ausgehändigt ist, selbst dann, wenn sich die Ware noch am Versendungsort befindet. Denn hier hat der Verkäufer den Gewahrsam an der Ware bereits aufgegeben [8]).

Daß die Ware den Absendungsort bereits verlassen haben müsse, kann nicht verlangt werden, denn — wie in RG. Bd. 27, S. 146, zutreffend hervorgehoben wird — „dem Verkäufer, der das Verfolgungsrecht hat, wenn die Ware schon auf der Eisenbahn zum Käufer rollt, kann das Gesetz sein Recht nicht versagen wollen, wenn die Ware noch nicht einmal soweit gelangt ist, sondern erst auf dem Fuhrwerke des Spediteurs die nächste Straßenecke oder dessen Lager erreicht hat".

---

8) RG., Bd. 73, S. 146.

§ 5. Nichtbezahlung des Kaufpreises.

Das Verfolgungsrecht setzt weiter voraus, daß die Ware noch nicht vollständig bezahlt ist. Denn nur dann besteht ein berechtigtes Interesse des Verkäufers an der Wiedererlangung der Ware. Zur Aufrechterhaltung des Rechts genügt der geringste Rückstand.

Eine „Zahlung" ist stets dann anzunehmen, wenn die Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist.

Durch Einräumung eines Kredits oder durch Gewährung von Stundung wird das Verfolgungsrecht nicht ausgeschlossen. Gerade für diese Fälle ist das Verfolgungsrecht in erster Linie gewährt.

Der Erfüllung des Vertrages durch Zahlung ist die Hinterlegung des Kaufpreises zum Zwecke der Schuldbefreiung gleichzustellen, wenn das Rücknahmerecht ausgeschlossen ist (§ 378 BGB.). Ebenso ist das Rückforderungsrecht ausgeschlossen, wenn die Befriedigung des Verkäufers durch Aufrechnung, Erlaß oder Annahme einer Leistung an Erfüllungsstatt eingetreten ist.

Daß sich zwei gleiche Forderungen der Vertragsparteien im Zeitpunkte der Konkurseröffnung aufrechenbar gegenüberstehen, genügt jedoch allein nicht, um das Rückforderungsrecht zum Erlöschen zu bringen. Vielmehr muß hinzukommen, daß die Aufrechnung vollzogen und somit die Forderung des Verkäufers zum Erlöschen gebracht ist.

Wenn Wechsel gegeben sind, so kommt es darauf an, ob die Hingabe derselben an Zahlungsstatt oder zahlungshalber erfolgte, d. h. ob die Wechsel als Zahlung angenommen sind, — was im Zweifel nicht zu vermuten ist — oder ob die Kaufpreisforderung erst durch Eingang des Geldes für den Wechsel getilgt werden soll.

Auch Anweisungen und Schecks sind nicht als Zahlung anzusehen. Denn bei der Anweisung ist nicht einmal der angewiesene Schuldner des Anweisenden zur Annahme verpflichtet (§ 787, Abs. 2 BGB.), und auch im Falle der Annahme wird der Anweisungsempfänger erst durch Leistung des Angewiesenen befriedigt (§ 788 BGB.).

Aehnlich verhält es sich beim Scheck, der nach dem geltenden Scheckrecht nichts anderes ist als eine Zahlungs-

anweisung, bei der regelmäßig eine Bank Angewiesener ist. Wenn hier die Bank auch verpflichtet ist, in Höhe des Guthabens Schecks der Scheckkunden einzulösen, so ist doch selbst bei ausreichendem Bankguthaben des Scheckausstellers die Befriedigung des Gläubigers erst mit der wirklichen Einlösung des Schecks eingetreten.

Stehen die Vertragsparteien im Giroverkehr mit einer Bank, so ist die Girozahlung erst erfolgt mit der Umschreibung, d. h. mit der Abschreibung vom Konto des Käufers und der Zuschreibung zum Konto des Verkäufers [1]).

Stehen die Parteien miteinander in Kontokorrentverkehr, so genügt die Tatsache, daß sich bei der Konkurseröffnung ein Saldo zu Lasten des Käufers ergibt, allein nicht, um eine Befriedigung des Verkäufers durch Zahlung anzunehmen. Vielmehr muß auch hier noch hinzukommen die Mitteilung des Rechnungsauszuges und die Anerkennung des Saldos. Denn erst in dem Saldoanerkenntnis liegt die der Zahlung gleichstehende, vertragsmäßig vollzogene Aufrechnung [2]).

Bei Teillieferungen auf Grund eines einheitlichen Kaufgeschäfts kann die unterwegs befindliche Ware auch dann zurückgefordert werden, wenn der Kaufpreis nur für einen Teil der Ware gezahlt ist. Dadurch, daß die auf Transport befindliche Teillieferung vom Gemeinschuldner bereits bezahlt ist, wird das Verfolgungsrecht nicht ausgeschlossen, sofern von dem Gesamtkaufpreis noch etwas aussteht. Hieran wird auch nichts geändert dadurch, daß nach dem Inhalt des Vertrages successive zu liefern und zu zahlen ist [3]).

Anders liegt die Sache, wenn die einzelnen Lieferungen auf Grund selbständiger Kaufverträge erfolgen. Alsdann ist die Frage, ob die Ware bezahlt ist, für jede Lieferung besonders zu beurteilen.

Der Einkaufskommissionär, dem gegen seinen Kommittenten außer dem Anspruch auf Zahlung oder Erstattung

---

1) Vergl. Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts, S. 785.

2) So auch: Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 230, Anm. 4; Wolff, S. 218; a. M.: Petersen-Kleinfeller, § 44, Bem. 9; Oetker, Verfolgrecht, S. 19.

3) Petersen-Kleinfeller, a. a. O., Anm. 10; Oetker, Verfolgungsrecht, S. 19; v. Sarwey-Bossert, Anm. 5; Willenbücher, § 44, Anm. 6.

des Kaufpreises auch ein Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen und auf Provision zusteht, kann das Verfolgungsrecht geltend machen, bis er wegen aller dieser Ansprüche befriedigt ist. Der Eintritt des Kommittenten in die Verbindlichkeiten des Kommissionärs dem dritten Kontrahenten gegenüber steht nur dann der Ausübung des Verfolgungsrechts entgegen, wenn der letztere aus der Haftung dem Dritten gegenüber entlassen und zugleich für seine Nebenforderungen befriedigt ist.

§ 6. Voraussetzung der noch nicht erfolgten Ablieferung.

Liegen die bisher erörterten Voraussetzungen des Rückforderungsrechts sämtlich vor, so ist dasselbe doch nur gegeben, sofern nicht die Waren schon vor der Eröffnung des Konkursverfahrens an dem Orte der Ablieferung angekommen und in den Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer anderen Person für ihn gelangt sind.

Die Ware muß sich also im Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch auf Transport befinden. In dieser Voraussetzung stimmt § 44 KO. überein mit dem englischen right of stoppage in transitu, während das französische Recht die Rückforderung auch dann zuließ, wenn kurze Zeit nach Ablieferung der Ware an den Käufer der Konkurs ausgebrochen war.

Maßgebend ist nicht der Zeitpunkt der Zahlungseinstellung oder des Antrages auf Eröffnung des Konkurses, sondern der Zeitpunkt der Konkurseröffnung, d. h. der Zeitpunkt, welcher im Eröffnungsbeschluß als solcher angegeben ist bzw. gemäß § 108 Abs. 2 KO. die Mittagsstunde des Tages, an welchem der Beschluß erlassen ist. Der Beschluß ist „erlassen" mit der Unterschrift durch den Richter, nicht erst mit der Uebergabe des Beschlusses an die Geschäftsstelle [1]). Auch der Zeitpunkt der Zustellung des Beschlusses kann nicht entscheidend sein.

Ist die Ablieferung vor der Konkurseröffnung erfolgt, so besteht das Verfolgungsrecht nicht, mag auch die Ablieferung

1) Dies nehmen an: Fitting, § 36, Note 3; Wilmowsky, § 108, Anm. 3.

erst nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage stattgefunden haben[2]).

Eine Verpflichtung des Käufers, im Falle der Zahlungseinstellung die Annahme der zugesandten Ware zu verweigern, kann nicht anerkannt werden[3]).

Zu weit geht Petersen-Kleinfeller[4]), der annimmt, der Gemeinschuldner mache sich einer Arglist schuldig, wenn er nach Zahlungseinstellung oder im Bewußtsein, daß Zahlungseinstellung eintreten werde, die Ware in Empfang nimmt und dadurch das Rückforderungsrecht des Absenders vernichtet.

Beendet wird der transitus durch die Ankunft der Ware am Ablieferungsorte, sofern dieselbe dann weiter in den Gewahrsam des Käufers oder einer anderen Person für ihn gelangt.

Der Begriff der „Ablieferung" steht im Gegensatz einerseits zu der „Uebergabe", dem rechtsgeschäftlichen Akt, durch den Besitz oder Eigentum übertragen wird, andererseits zu dem Begriff der „Erfüllung", welche vorliegt, wenn der Verkäufer alles getan hat, was ihm nach dem Vertrage obliegt.

Als Ablieferung kann bezeichnet werden der Akt, durch den Verkäufer die Ware aus seiner Verfügungsgewalt entläßt und sie in diejenige des Käufers oder dessen Bevollmächtigten gelangt[5]).

Ort der Ablieferung ist derjenige Ort, wo die Ware bestimmungsgemäß dem Käufer ausgehändigt, der Transport sein Ende finden soll. Als Ablieferungsort kann nur der Ort als geographischer Begriff verstanden werden, nicht etwa ein bestimmtes Geschäftslokal, Lagerraum usw.

Der Ablieferungsort braucht hiernach weder mit dem Erfüllungsort noch mit dem Bestimmungsort identisch zu sein. Die Ware kann auch schon vor Ankunft an dem Bestimmungsort abgeliefert und in Empfang genommen sein.

---

2) RG., Bd. 31, S. 137.

3) OLG. Karlsruhe v. 26. 9. 1890 in badischen Annalen 1892, S. 272. Zit. bei Kohler, Leitf., S. 114; Jaeger, § 44, Anm. 14; Willenbücher, § 44, Anm .8.

4) a. a. O., Anm. 15.

5) Düringer-Hachenburg, HGB., § 377, II, 3.

Ob eine Ablieferung stattgefunden hat, läßt sich nur nach den tatsächlichen Verhältnissen des einzelnen Falles beurteilen.

Die Bestimmung des Ablieferungsortes kann nachträglich geändert werden. Läßt der Käufer den Transport unterbrechen und nimmt er die Ware an einer Zwischenstation auf Lager, so ist zu unterscheiden, ob eine solche Lagerung vorübergehenden Charakter hat und die Ware später weitergesendet werden soll, oder ob die Beförderung endgültig beendigt sein soll. Im ersteren Fall besteht das Verfolgungsrecht weiter, im letzteren Fall ist es ausgeschlossen, sobald die Ware in den Gewahrsam des Käufers oder einer Mittelsperson für ihn gelangt ist [6]).

Ist der Ablieferungsort zur Zeit der Absendung noch nicht bestimmt, so nimmt Petersen-Kleinfelder an[7]), daß als Ablieferungsort der Erfüllungsort zu gelten habe. Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Wenn z. B. die Ware mittels eines kaufmännischen Dispositionspapieres dem Käufer übergeben ist, so hat der Verkäufer bereits erfüllt, ohne daß eine Ablieferung stattgefunden hat. Gerade für Fälle dieser Art ist, wie Düringer-Hachenburg[8]) zutreffend bemerkt, die Vorschrift des § 44 gegeben.

Man wird mit Jaeger zu unterscheiden haben[9]):

1., Ist die Ware nach einem Zwischenplatz gesandt, der auf dem Wege zu den verschiedenen voraussichtlich in Betracht kommenden Bestimmungsorten liegt und wird sie dort zur Verfügung des Käufers gehalten, so ist der Transport mit der Ablieferung an den dortigen Bevollmächtigten des letzteren beendet.

2. Ist hingegen vereinbart, daß an einem Zwischenplatz der Käufer seine Versandorder dem Schiffer, Frachtführer oder Spediteur aufzugeben habe, so ist als Ablieferungsort der in der Versandorder bezeichnete Ort anzusehen[10]).

Das Verfolgungsrecht geht nicht dadurch verloren, daß die Ware vor der Konkurseröffnung während des Trans-

6) ROHG., Bd. 6, S. 298, S. 305.
7) a. a. O., § 44, Bem. 12.
8) a. a. O., S. 229.
9) a. a. O., § 44, Anm. 15.
10) RG. in Seuff. Arch., Bd. 41, Nr. 162.

portes in den Gewahrsam des Käufers übergeht und hierauf noch vor Konkurseröffnung am Orte der Ablieferung ankommt.

Ausgeschlossen wird das Verfolgungsrecht erst, wenn sich der Uebergang der Ware in den Gewahrsam des Schuldners nach dem Eintreffen der Ware am Ablieferungsorte — aber noch vor Konkurseröffnung — vollzogen hat.

„Gewahrsam" ist i. S. der tatsächlichen Innehabung zu verstehen. Es ist etwas anderes als das Rechtsverhältnis des Besitzes.

Gleichwohl behauptet Seuffert[11]): „Gewahrsam ist gleich dem Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches". Von seinem Standpunkt aus führt er weiter folgerichtig aus, daß der Aussonderungsanspruch erlösche, „wenn der Gemeinschuldner selbst oder durch eine der im § 855 BGB. bezeichneten Personen die tatsächliche Gewalt über die Sache oder gem. § 868 BGB. den mittelbaren Besitz erlangt habe".

Nicht zutreffend ist seine Bemerkung, daß durch Empfangnahme des Frachtbriefes, Konnossements oder Ladescheins für den Gemeinschuldner kein Besitz erworben werde. Denn auch die Uebergabe eines indossablen Ladescheins, Lagerscheins oder Konnossements hat den Uebergang des mittelbaren Besitzes an dem Gute auf den legitimierten Empfangsberechtigten notwendig oder doch häufig zur Folge (vgl. Planck, BGB., § 870, Anm. 7).

Die Annahme, daß durch den Empfang der Dispositionspapiere das Verfolgungsrecht nicht ausgeschlossen wird, ist nach dem Zweck dieses Rechts auch unabweisbar, da es sonst in zahlreichen Fällen seinem Schutzzweck nicht genügen könnte.

Seuffert's Ansicht, daß Gewahrsam mit Besitz zu identifizieren sei, wird mit Recht allgemein abgelehnt[12]).

Hätte mit dem Ausdruck „Gewahrsam" nichts anderes als „Besitz" gemeint sein sollen, so würde wohl bei der Fassung der KO. auch der Ausdruck „Besitz" gewählt worden sein.

---

11) Deutsches Konkursprozeßrecht, S. 96.

12) Z. B. Jaeger, § 44, Anm. 16; Staub, Anh. zu § 382 HGB., Anm. 109; Düringer-Hachenburg, S. 229; RG., Bd. 8, S. 87.

Dann würde allerdings das Anwendungsgebiet des § 44 KO. ungebührlich eng begrenzt worden sein. Denn in den schutzwürdigsten Fällen, in welchen durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gem. § 931 BGB. der Käufer Eigentum und Besitz an den auf dem Transporte befindlichen Waren erworben hat, würde alsdann dem Verkäufer ein Aussonderungsrecht nicht zustehen.

Ebensowenig wie der mittelbare Besitz des Käufers das Verfolgungsrecht ausschließt, ist dies dann der Fall, wenn die Besitzübergabe auf den Käufer sich nach § 854, Abs. 2 BGB. vollzieht. Erst mit der Erlangung der tatsächlichen Innehabung wird der Gewahrsam des Käufers begründet und damit die Voraussetzung für den Ausschluß des Verfolgungsrechts geschaffen.

Da der Gewahrsam nichts weiter bedeutet als tatsächliche Innehabung ohne Rücksicht auf einen Herrschaftswillen über die Sache, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Inhaber die Sache als eigene oder fremde, für eigene oder fremde Rechnung innehaben will. Hat der Käufer die Ware dem Verkäufer unter Ablehnung der Eigentumsannahme zur Verfügung gestellt, sie aber trotzdem in Gewahrsam genommen, so steht dem Verkäufer das Verfolgungsrecht nicht zu. Da er in diesem Falle jedoch Eigentümer der Ware geblieben ist, so kann er dieselbe nach § 43 KO. aussondern.

Stellt dagegen der Käufer die Ware nachträglich zur Verfügung, so ist für den Verkäufer weder das Verfolgungsrecht gegeben, da der Käufer bereits den Gewahrsam erlangt hatte, noch das Aussonderungsrecht aus § 43 KO., da die bloße Zurverfügungstellung keinen unmittelbaren Eigentumsrückfall begründet, vielmehr noch eine wandlungsmäßige Rückübereignung erforderlich ist[13]).

Der Erlangung des Gewahrsams durch den Gemeinschuldner wird in § 44 die Gewahrsamserlangung durch eine andere Person für ihn gleichgestellt.

Es ist nicht immer leicht, festzustellen, wann eine solche Gewahrsamsinnehabung einer dritten Person für den Gemeinschuldner anzunehmen ist. Im wesentlichen wird dies nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sein.

13) Jaeger, § 44, Anm. 19; a. M. Seuffert, a. a. O., S. 96.

Hier mögen nur einige typische Fälle herausgehoben werden.

Der Spediteur am Versendungsorte handelt regelmäßig für den Absender oder für eine von diesem mit dem Transport beauftragte Transportanstalt. Beim Platzspediteur am Ablieferungsort wird jedenfalls dann eine Vertretung in der Empfangnahme für den Käufer anzunehmen sein, wenn er mit der Zuführung angekommener Frachtgüter vom Adressaten im allgemeinen betraut ist[14]).

Ist der Spediteur vom Verkäufer beauftragt, so erwirbt der Käufer dadurch den Gewahrsam nicht, daß der Absender ihm die bei seinem Spediteur befindliche Ware zur Verfügung stellt. Hier hat der Spediteur nach wie vor den Gewahrsam an der Ware für den Verkäufer (Absender), nicht für den Käufer (Empfänger) inne. Dieser erlangt den Gewahrsam erst mit der tatsächlichen Auslieferung der Ware an ihn.

Anders wird zu entscheiden sein, wenn der Verkäufer verfügt hat, daß sein Spediteur den Weisungen des Käufers nachzukommen habe. Hat der Käufer hierauf dem Spediteur Anweisungen erteilt, so wird mit der Ausführung des Auftrages des Käufers der Spediteur für letzteren den Gewahrsam ausüben. Zum Ausschluß des Verfolgungsrechts muß allerdings noch hinzukommen, daß der Spediteur auch mit der Empfangnahme der Ware für den Empfänger betraut ist, da nur dann auch die Ablieferung stattgefunden hat.

Auch der Frachtführer wird nur dann den Gewahrsam für den Gemeinschuldner erlangen, wenn er für ihn Empfangsvollmacht hat. Dadurch, daß er nach Ankunft der Ware am Ablieferungsort den Frachtbrief dem Käufer übergibt oder dieser Klage gem. § 435 HGB. auf Erfüllung der sich aus dem Frachtvertrage ergebenden Rechte erhebt, verliert der Absender zwar das Verfügungsrecht über die Ware i. S. des Rechts auf Rückgabe oder auf Ausantwortung der Ware an einen anderen als den ursprünglich bezeichneten Adressaten.

Damit ist aber nicht unbedingt verbunden, daß der Frachtführer den Gewahrsam für den Empfänger ausüben

14) Vgl. Staub, a. a. O., Anm. 110; Jaeger, a. a. O., Anm. 17.

müsse. Die §§ 433, 435 HGB. regeln nur das Vertragsverhältnis zwischen Absender, Frachtführer und Empfänger, sind aber für die Besitzverhältnisse ohne Bedeutung [15]).

Das Verfolgungsrecht ist in den vorgenannten Fällen grundsätzlich zulässig, obwohl das Verfügungsrecht des Absenders nach § 433, Abs. 2 HGB. erloschen ist, es sei denn, daß der Frachtführer das Gut auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses (z. B. als Verwahrer) für den Gemeinschuldner besitzt [16]).

Streitig ist, ob der Gerichtsvollzieher, der die Ware im Auftrage eines Gläubigers des Gemeinschuldners gepfändet hat, den Gewahrsam für den Gemeinschuldner erlangt hat. Dies wird bejaht von Wolff, der annimmt, der Gerichtsvollzieher übe für den Gemeinschuldner den unmittelbaren Besitz aus [17]).

Die überwiegende Meinung verneint dagegen, daß der Gerichtsvollzieher für den Gemeinschuldner den Gewahrsam ausübe. Sie hat darin Recht.

Denn durch die Pfändung der Ware am Ablieferungsorte, bevor dieselbe in den Gewahrsam des Gemeinschuldners gelangt ist, begründet der Gerichtsvollzieher zwar mittelbaren Besitz für Gläubiger und Schuldner [18]).

Doch reicht der mittelbare Besitz nach den oben dargelegten Ausführungen nicht aus, um einen Gewahrsam des Schuldners selbst anzunehmen.

Daß der Gerichtsvollzieher für den Gemeinschuldner den Gewahrsam ausübe, muß angesichts der Stellung des ersteren, der zu dem Schuldner in keine dem Besitzdienerverhältnis ähnliche Beziehung tritt, verneint werden [19]).

Der Gerichtsvollzieher übt vielmehr den Gewahrsam für seinen Auftraggeber, den Gläubiger aus [20]).

---

15) Petersen-Kleinfeller, § 44, Anm. 13; RG., Bd. 27, S. 84 ff.

16) Jaeger, § 44, Anm. 17.

17) a. a. O., § 44, Anm. 5.

18) Achilles Greiff, BGB., § 868, Anm. 1; OLG., Bd. 2, S. 267; Bd. 16, S. 328.

19) So auch: Jaeger, Anm. 18; Düringer-Hachenburg, S. 230; Willenbücher, Anm. 10.

20) So insbesondere Wilmowsky, a. a. O., § 44, Anm. 8.

Allerdings geht das Verfolgungsrecht des Absenders dem Pfändungspfandrecht des Gläubigers nicht vor, was an anderer Stelle noch näher auszuführen sein wird.

Ebensowenig wird das Verfolgungsrecht dadurch ausgeschlossen, daß die Ware von der Zollbehörde im Verwaltungswege gepfändet und in die nach § 59 des Vereinszollgesetzes vom 1. VII. 1869 durch die Eisenbahnverwaltung bereit zu haltende öffentliche Packhofniederlage geschafft wird.

Für den Vertragspfandgläubiger wird mit Jaeger[21]) die Möglichkeit zu bejahen sein, daß dieser den Gewahrsam für den Gemeinschuldner erlangen kann.

§ 7. Der Nichteintritt des Konkursverwalters in den Kaufvertrag.

Eine weitere — negative — Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 44 KO. bildet die Bestimmung des Abs. 2: „Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung." Macht der Konkursverwalter von dem ihm nach § 17 KO. zustehenden Wahlrecht dahin Gebrauch, daß er Erfüllung verlangt, so wird damit das Verfolgungsrecht des Verkäufers ausgeschlossen.

Ueber die Tragweite des § 44 Abs. 2 herrscht in der Rechtslehre eine weitgehende Meinungsverschiedenheit. Eine verbreitete Meinung gibt dem Verwalter das Wahlrecht aus § 17 KO. für die Fälle des § 44 auch dann, wenn von Seiten des Verkäufers bereits vollständig erfüllt ist, also an sich ein Wahlrecht aus § 17 KO. nicht mehr in Frage kommen würde[1]).

Für eine solche Erweiterung des Wahlrechts des Verwalters bietet der Wortlaut des § 44 Abs. 2 keine Stütze. Im Gegenteil deutet gerade der Wortlaut: „Die Bestimmungen des § 17 finden Anwendung" darauf hin, daß auch

---

21) a. a. O., Anm. 18; auch Staub, a. a. O., Anm. 110, a. M. z. B. Düringer-Hachenburg, S. 230.

1) So z. B. Petersen-Kleinfeller, Anm. 17; v. Sarwey-Bossert, Anm. 9; Kohler, Leitf., S. 115, Note 1; v. Wilmowsky, Anm. 13; Willenbücher, Anm. 15.

alle Voraussetzungen der genannten Gesetzesbestimmung vorliegen müssen.

Man muß Jaeger darin zustimmen, wenn er sagt: „Das Wahlrecht trotz einseitiger Erfüllung gelten lassen, heißt eben nicht, den § 17 anwenden.“ [2])

Auch die Argumentation der Gegenmeinung, daß für den Fall, daß der Konkursverwalter Erfüllung wähle, ein Bedürfnis für das Verfolgungsrecht nicht bestehe, kann nicht als durchschlagend anerkannt werden. Sie trifft auch nicht immer zu. Im Gegenteil könnte sich gerade aus dem Wahlrecht des Verwalters auch für den Fall, daß der Verkäufer bereits voll erfüllt hat, für letzteren eine Unbilligkeit ergeben. Wenn z. B. der vorleistungspflichtige Verkäufer den Kaufvertrag bereits vollständig erfüllt hat, beispielsweise durch Aushändigung eines kaufmännischen Dispositionspapieres an den Käufer und außerdem das frachtvertragliche Verfügungsrecht des Absenders gem. §§ 433, 435 HGB. bereits erloschen ist, so würde im Falle der Erfüllungswahl seitens des Verwalters dem Verkäufer allerdings ein Masseanspruch aus § 59, Ziff. 2 KO. zustehen. Ob er aber auf Erfüllung hoffen könnte, würde bisweilen mit Rücksicht auf § 60 der KO. fraglich erscheinen. Auch die Bestimmung des § 321 BGB. könnte ihm hier nichts nützen.

Die von den Vertretern der Gegenmeinung unternommenen Versuche, im Falle der Ausübung des Verfolgungsrechts durch den Verkäufer den Kaufvertrag stets als einen zur Zeit der Konkurseröffnung beiderseits noch nicht erfüllten Vertrag zu charakterisieren und damit die Anwendung des § 44, Abs. 2 KO. zu rechtfertigen, können nicht als gelungen anerkannt werden.

Die Stellungnahme dieser Autoren erklärt sich aus der Auffassung derselben über die juristische Natur des Verfolgungsrechts als eines ex tunc wirkenden dinglichen Rechts.

Von Sarwey-Bossert [3]) nimmt an, daß im Falle der Ausübung des Verfolgungsrechts eine unmittelbare resolutio ex tunc eintrete, es also rückwirkend so angesehen werde, als wenn der Eigentumsübergang zur Zeit der Konkurseröffnung nicht geschehen sei. Die eingetretene Er-

2) a. a. O., Anm. 22.

3) a. a. O., Anm. 9, 6.

füllung des Kaufvertrages habe als rückwärts aufgehoben zu gelten. Damit wäre also die Voraussetzung des beiderseits noch nicht erfüllten Vertrages auch für den Zeitpunkt der Konkurseröffnung gegeben.

Von Wilmowsky[4]) muß zwar zugeben, daß eine solche auf den Zeitpunkt der Konkurseröffnung zurückbezogene Wirkung ex tunc nicht eintritt, daß also von einem zur Zeit der Konkurseröffnung beiderseits noch nicht erfüllten Vertrage nicht die Rede sein kann, wenn der Verkäufer, der bereits erfüllt hat, sein Verfolgungsrecht ausübt.

Wilmowsky nimmt aber an, daß der Verwalter, sobald der Verkäufer von dem Recht des § 44 Gebrauch gemacht hat, wieder vor einem beiderseits noch nicht erfüllten Vertrage stehe. Daß dies Verhältnis erst nach Konkurseröffnung eingetreten sei, schließe die Anwendung des § 17 nicht aus. Denn gerade bei diesem einzigen Falle, in welchem der Verwalter erst nach dem Zeitpunkt der Konkurseröffnung dem unerfüllten Vertrage gegenübergestellt werde, sei die Anwendung des § 17 ausdrücklich vorgeschrieben.

Gegen diese Ansicht von Wilmowsky ist zunächst einzuwenden, daß die Ansicht, den Worten „zur Zeit der Konkurseröffnung" dürfe nicht die Bedeutung beigelegt werden, daß in diesem Zeitpunkt wirklich von beiden Seiten nicht vollständig erfüllt war, nicht geteilt werden kann, da sämtliche weiteren Voraussetzungen des Verfolgungsrechts gleichfalls an diesen Zeitpunkt geknüpft sind.

Sodann aber ist aus der obligatorischen Natur des Verfolgungsrechts heraus gegenüber Wilmowsky zu behaupten, daß der auf Erfüllung bestehende Verwalter sich überhaupt nicht einem noch nicht erfüllten Vertrage gegenüber befindet, solange nicht durch Rückübereignung der Ware durch den Verwalter an den Absender dessen Erfüllung rückgängig gemacht ist. Solange diese Rückübereignung an den Absender nicht erfolgt ist, könnte letzterer dem auf Erfüllung bestehenden Verwalter mit Recht entgegenhalten, daß er doch bereits erfüllt habe. Ist die Rückübereignung aber

4) a. a. O., Anm. 13.

bereits erfolgt, so würde es doch „höchst sonderbar sein, wenn daraufhin der Verwalter unter Berufung auf § 17 die Ware wiederum sollte zurückfordern können“ (Jaeger, § 44, Anm. 22).

Es ist deshalb festzustellen, daß das Wahlrecht des Verwalters nach § 17 KO. auch gegenüber dem Verfolgungsrecht nur durchgreifen kann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen dieses Wahlrechts erfüllt sind. Eine Erweiterung der Befugnisse des Verwalters ist durch § 44, Abs. 2 KO. nicht gegeben [5]).

---

5) So auch: Jaeger, Anm. 22; Wolff, § 44, Anm. 3; Mentzel, § 44, Anm. 8; Staub, Anh. zu § 382 HGB., Anm. 111; Pott, a. a. O., S. 7.

II. HAUPTTEIL.

Inhalt und Wirkungen des Verfolgungsrechts.

I. ABSCHNITT:

Gegenüber der Konkursmasse.

§ 8. Der Aussonderungsanspruch des § 44 KO.

Das Verfolgungsrecht des § 44 KO. ist, wie schon die Stellung dieser Bestimmung in dem von der „Aussonderung" handelnden Titel ergibt, zunächst auf den Fall gemünzt, daß die Ware nach der Konkurseröffnung vom Verwalter in Besitz genommen ist. Regelmäßig richtet sich der Rückforderungsanspruch daher gegen den Konkursverwalter und geht auf Rückübertragung des Besitzes und des Eigentums.

Ueber den Inhalt dieses Rechts sagt RG., Bd. 32, S. 22, es sei das „Recht des Verkäufers, die Besitz- und Eigentumsübertragung an den abgesandten Waren rückgängig zu machen".

Dagegen behauptet Oetker[1]), die Wirkung des Verfolgungsrechts beschränke sich auf eine Verpflichtung des Verwalters, den Besitz an der Ware aufzugeben. Das Verfolgungsrecht sei nicht geeignet, dem Verkäufer das Eigentum an der Ware wieder zu verschaffen. Oetker will diese beschränkte Wirkung herleiten aus dem Zweck des Verfolgungsrechts, der nur dahin gehe, „dem Verkäufer, der durch Erfüllung vor Vollerfüllung seitens des anderen Teils und durch die Besitznahme der Kaufsache seitens des Verwalters lädiert erscheint, gegen diese Läsion zu Hilfe zu kommen".

Dieser Zweck aber müsse als erreicht gelten, „wenn dem Verkäufer die Möglichkeit des faktischen Habens der Kaufsache zurückverschafft und ihm gleichzeitig gegenüber einer

1) Oetker, Verfolgungsrecht, S. 111.

actio emti die exceptio non adimpleti contractus, gegenüber einer rei vindicatio des Käufers eine Retentionseinrede gegeben wird".

Nach Oetker geht die Verfolgungsklage gegen den Verwalter nicht auf Rücktradition sondern nur auf Besitzaufgabe. Sobald der Verwalter den Besitz für die Masse unwiderruflich aufgegeben habe, kümmere ihn die weitere Entwicklung der Rechtsbeziehungen zwischen Verkäufer und Käufer nichts mehr.

Ein derartiges i. S. Oetkers ausgestaltetes Verfolgungsrecht würde dem Schutzzweck des § 44 KO. nur unvollkommen genügen. Zweck dieser Bestimmung ist doch gerade, den Verkäufer wieder in seine frühere Rechtsposition zurückzuversetzen. Dies allein entspricht der Billigkeit und ist auch aus den Motiven des Gesetzes zu schließen. Gingen doch die Motive sogar soweit, einen ex tunc wirkenden Eigentumsrückfall anzunehmen.

Diese Verpflichtung zur Rückübereignung ist gerade ein Moment, durch welches sich das Aussonderungsrecht des § 44 KO. von dem allgemeinen Aussonderungsrecht des § 43 KO. unterscheidet, denn bei letzterem ist das Eigentum nicht auf den Gemeinschuldner übergegangen. Deshalb geht das Aussonderungsrecht des § 43 KO. nur auf Rückübertragung des Besitzes.

Der Konkursverwalter ist zur Herausgabe an den Absender verpflichtet. Die Waren müssen in dessen Verfügungsgewalt zurückgebracht werden.

Der Inhalt des Verfolgungsrechts erschöpft sich nicht — wie Oetker[2]) behauptet — darin, daß die Ware von dem Verwalter aus dem Masseverband in das nicht zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners freigegeben wird. Oetker folgert dies aus den analogen Bestimmungen der Widerspruchsklage aus § 771 ZPO., mit welcher die Aussonderung einer Sache aus der Konkursmasse völlig auf einer Stufe stehe. Wie dort der Beklagte zur Freigabe der Sache aus dem Pfandverbande zu verurteilen sei, so hier der Konkursverwalter nicht zur Herausgabe, sondern zur „Aussonderung der Sache aus der Masse, d. h. zur

2) a. a. O., S. 87 ff.

Herausgabe durch den Verwalter entsprechend der Freigabe durch die Gläubiger bei der Widerspruchsklage nach § 771 ZPO.[3]

Es ist nicht zu leugnen, daß zwischen der Widerspruchsklage und dem Aussonderungsanspruche eine gewisse Aehnlichkeit besteht. Beide Rechtsbehelfe bezwecken, den vom Berechtigten in Anspruch genommenen Gegenstand aus der Zugehörigkeit zu dem in Verstrickung geratenen Pfand- bzw. Massenverband zu befreien.

Andererseits sind jedoch diese beiden Rechtsinstitute in ihren Voraussetzungen und in ihrer Ausgestaltung so verschieden, daß sich eine völlige Gleichstellung derselben nicht rechtfertigen läßt.

Es ist zunächst daran festzuhalten, daß die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO. rein prozeßrechtlich ausgestaltet ist. Sie dient lediglich der Prüfung, ob die Vollstreckung sich in den gesetzlichen Grenzen gehalten hat, ob ein Uebergriff über die Vermögenssphäre des Schuldners vorliegt[4]). Die Klage ist deshalb darauf zu richten, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig zu erklären sei[5]). Zu einer Leistung (Freigabe) ist der pfändende Gläubiger nicht verpflichtet.

Zu berücksichtigen ist weiter auch, daß der pfändende Gläubiger, gegen den sich die Widerspruchsklage richtet, zur Herausgabe des Gegenstandes an den Dritten auf Grund eines zwischen dem Pfandschuldner und dem Dritten bestehenden lediglich obligatorischen Verhältnisses überhaupt nicht imstande sein kann[6]). Dagegen vertritt der Konkursverwalter den Gemeinschuldner in Bezug auf die Masse in allen Rechtsbeziehungen.

Auch der Wortlaut des § 44 KO., der von „zurückfordern" redet, spricht dafür, daß der Verfolgungsberechtigte nicht nur Freigabe aus der Masse, sondern Herausgabe an sich verlangen kann.

Die Gegenansicht würde auch zu einer ganz unerträglichen Verschleppung der Prozesse führen. Denn was unternes dem Verfolgungsberechtigten, wenn er mit seinem gegen den Verwalter obsiegenden Urteil nur erreichen könnte, daß

3) Vgl. Stein-Jonas, ZPO., § 771, I.
4) RG., Bd. 67, S. 333; Bd. 73, S. 27; Bd. 81, S. 381.
5) Vgl. Stössel, a. a. O., S. 42.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

erlitten hat, z. B. Verschlechterung infolge von Hitze, Kälte, Nässe usw. Dagegen hört die Identität auf, sobald die Ware einer Umgestaltung durch menschliche Arbeit unterworfen ist, z. B. aus Eisen und Holz zu Maschinen, aus Leder zu Schuhen verarbeitet ist. Wird die Ware mit anderen Sachen verbunden oder vermischt, so kann in erster Linie Aufhebung der Verbindung oder Vermischung und Herausgabe der getrennten Ware verlangt werden. Hat die Ware ihr rechtliches Sonderdasein eingebüßt und ist diese Rechtsänderung zugunsten der Konkursmasse eingetreten — also nicht schon vor dem Konkurse und nicht zugunsten des konkursfreien Vermögens —, so steht dem Absender jedenfalls ein Masseschuldanspruch i. S. des § 59, Ziff. 3 KO. zu (vgl. § 951 BGB.).

Neben dem Verfolgungsrecht kann der Absender eine Konkursforderung wegen Nichterfüllung des Vertrages als Entschädigungsforderung zur Konkurstabelle anmelden.

Dies folgt daraus, daß durch die Ausübung des Verfolgungsrechts der Kaufvertrag zwar nicht aufgehoben wird, die Erfüllung aber nicht mehr oder doch nur in einer Weise eintritt, welche § 26 KO. als Nichterfüllung bezeichnet [9]).

Auch Jaeger (25) läßt neben der Ausübung des Verfolgungsrechts Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung zu. Von seinem Standpunkt aus, daß durch Ausübung des Verfolgungsrechts der Kaufvertrag in entsprechender Anwendung der Bestimmungen über den Rücktritt aufgelöst werde, ist diese Stellungnahme nicht ganz folgerichtig, denn neben dem Rücktrittsrecht ist für einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung kein Raum.

Die Entschädigungsforderung des Verkäufers umfaßt sein ganzes Interesse an der Erfüllung des Vertrages, insbesondere auch Ansprüche wegen entgangenen Gewinns.

Anzahlungen und Vorschüsse, die von dem Gemeinschuldner bereits geleistet sind, muß der Verkäufer unter

---

9) Vgl. Wilmowsky, § 44, Anm. 10; Petersen-Kleinfeller, § 44, Anm. 19.

dem Gesichtspunkte der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben [10]).

Petersen-Kleinfeller versagt dem Verwalter das Recht, Anzahlungen und Vorschüsse vom Verkäufer zu kondizieren. Er läßt nur zu, daß Teilzahlungen, welche vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung bereits geleistet sind, bei der Frage der Höhe des dem Verkäufer entstandenen Schadensersatzes wegen Nichterfüllung berücksichtigt werden. Uebersteigen diese Teilzahlungen den Schadensersatzanspruch des Verkäufers, so dürfe der Verwalter die Mehrleistung nicht zurückverlangen [11]).

Denn da der Kaufvertrag durch die Aussonderung der Ware und die Erklärung des Verwalters, daß er den Vertrag nicht an Stelle des Gemeinschuldners erfüllen wolle, nicht aufgehoben werde, so habe der Verkäufer ein Recht auf den Kaufpreis. Daß hierdurch eine tatsächliche Bereicherung des Absenders eintreten kann, erkennt Petersen-Kleinfeller auch an. Diese Bereicherung sei aber nicht ohne Rechtsgrund eingetreten. Der Konkursverwalter müsse die Möglichkeit, daß dem Verkäufer die Anzahlungen verbleiben, bei der Frage erwägen, ob er den vom Gemeinschuldner teilweise erfüllten Vertrag vollständig erfüllen wolle oder nicht.

Daß diese Stellungnahme der Billigkeit nicht entspricht, leuchtet ohne weiteres ein. Jaeger veranschaulicht die Konsequenz dieser Ansicht an folgendem Beispiel: „Wenn Waren zum Preise von 10 000 Mk. verkauft und 1 000 Mk. angezahlt sind, sodann Konkurs eröffnet ist, die Erfüllung vom Verwalter als unvorteilhaft abgelehnt und dem Rückforderungsanspruch stattgegeben ist, so dürfte der Absender schlechthin die 1 000 Mk. behalten, auch wenn er keinen Schaden leidet."

Richtig ist allerdings, daß bei Ausübung des Verfolgungsrechts der Kaufvertrag bestehen bleibt. Nicht richtig aber

---

10) So auch: Jaeger: Anm. 26; Kohler, Leitf., S. 115; Staub, § 382 HGB., Anm. 115; a. M. z. B. Petersen-Kleinfeller, § 44, Anm. 19; Silberstein in Zeitschr. f. d. ges. Handelsr., Bd. 81, S. 361.

11) So auch: RG., Bd. 56, S. 241; dagegen für Zulässigkeit der Rückforderung: RG., Bd. 56, S. 98; RG., Bd. 73, S. 58 ff.

ist die hieraus von Petersen-Kleinfeller gezogene Schlußfolgerung, daß der Verkäufer deshalb ein Recht auf den Kaufpreis habe. Denn durch die Erklärung des Verwalters, daß er die Erfüllung ablehne, steht fest, daß der andere Vertragsteil Erfüllung nicht mehr verlangen kann. Es liegt nunmehr hinsichtlich der vom Gemeinschuldner geleisteten Zahlungen der Fall der condictio ob causam finitam vor (§ 812, Abs. 1, Satz 2 BGB.)[12]).

Verzögert der Verwalter schuldhaft die Herausgabe der Ware, so ist die hieraus für den Absender entspringende Schadensersatzforderung eine Masseschuld aus § 59, Ziff. 1 KO., da dieser Anspruch aus „Handlungen" des Konkursverwalters hervorgegangen ist, welche dieser innerhalb seines Machtbereichs vornimmt. Ferner entsteht ein Masseschuldanspruch dann, wenn die Ware durch Verschulden des Verwalters verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde nicht herausgegeben werden kann[13]).

§ 9. Der Anspruch auf Ersatzaussonderung aus § 46 KO.

Für die Fälle, in denen die verkaufte Ware sich nicht mehr in der Konkursmasse befindet, gibt § 46 der KO. dem Verfolgungsberechtigten unter den dort angegebenen Voraussetzungen einen Anspruch auf Ersatzaussonderung, der auf Abtretung der noch ausstehenden Gegenleistung für die Veräußerung bzw. auf Herausgabe der nach Eröffnung des Konkursverfahrens in die Masse gelangten Gegenleistung gerichtet ist.

§ 46 KO. findet auf alle Fälle Anwendung, in welchen eine Aussonderung verlangt werden konnte, gleichviel, ob dieser Anspruch auf § 43 KO. oder auf §§ 44, 45 KO. zu stützen wäre. Da im § 46 kein Unterschied zwischen den auf dinglichen Rechten und den auf obligatorischen Verhältnissen beruhenden Aussonderungsansprüchen gemacht wird, so ist es nicht gerechtfertigt, seine Anwendung auf Fälle zu

---

12) Vgl. Staub, Anh. zu § 382 HGB., Anm. 115.

13) RG., 4. 5. 09 in Leipz. Zeitschr. 1909, S. 787, gegen KG., 1. 2. 06 in OLG., Bd. 15, S. 237.

beschränken, in denen der Aussonderungsberechtigte Eigentümer der auszusondernden Sache war[1]).

Voraussetzung für die Ersatzaussonderung ist nur, daß hinsichtlich des veräußerten Gegenstandes ohne die Verfügung des Gemeinschuldners oder des Verwalters Aussonderung hätte beansprucht werden können. Fraglich ist, in welchem Zeitpunkt dieses Aussonderungsrecht bestanden haben muß.

Seuffert[2]) hält den Zeitpunkt für maßgebend, wo der Aussonderungsberechtigte den Hilfsanspruch aus § 46 verfolgt. Die gerichtliche Geltendmachung des Ersatzaussonderungsanspruchs halten für maßgebend z. B. Petersen-Kleinfeller[3]) und Wilmowsky[4]).

Den Zeitpunkt der Konkurseröffnung läßt entscheiden ein Urteil des OLG. Braunschweig vom 22. 4. 1892 in Seuffert's Archiv 49, Nr. 226.

Andere Schriftsteller halten für maßgebend den Zeitpunkt, in welchem die Veräußerung vollzogen ist[5]).

Diese letztere Ansicht verdient den Vorzug. Hierfür spricht einmal die Fassung des Gesetzes („hätte beansprucht werden können" nicht „beansprucht werden könnte").

Auch Erwägungen der Billigkeit sprechen für diese letztere Ansicht. Denn es wäre unbillig, wenn die Ersatzaussonderung dadurch ausgeschlossen werden sollte, daß der Gegenstand nach der Veräußerung an den Dritten, aber vor Geltendmachung der Ersatzaussonderung durch Zufall beim Dritten untergegangen ist, da der Anspruch der Masse auf die Gegenleistung in diesem Fall bestehen bleibt.

Das Gesetz erfordert eine Veräußerung, die auf Grund einer Gegenleistung erfolgt ist. Die Veräußerung muß bereits vollzogen sein. Es genügt nicht, daß eine Verpflichtung zur Veräußerung begründet ist. Denn diese nur obligatorische Gebundenheit, die Sache dem Dritterwerber zu über-

1) Wie hier z. B. Jaeger, § 46, Anm. 7; Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 8.

2) a. a. O., S. 100, Anm. 30.

3) a. a. O., § 46, Anm. 1.

4) a. a. O., § 46, Anm. 2.

5) So z. B.: Jaeger, § 46, Anm. 6; Fitting, § 22, Note 28.

eignen, hindert, auch wenn sie eine Massenschuld nach § 59, Ziff. 1 KO. bildet, die Aussonderung aus der Masse durch den Aussonderungsberechtigten nicht.

Es macht für die Anwendbarkeit des § 46 keinen Unterschied, ob die Befugnis zur Veräußerung bestand oder nicht, ob diese berechtigt war oder nicht. War der Gemeinschuldner Eigentümer der weiter veräußerten Ware, — was bei dem Verfolgungsrecht des § 44 regelmäßig zutrifft —, so muß sich der Aussonderungsberechtigte die Veräußerung allerdings gefallen lassen. Aber die oben angegebene Voraussetzung, daß er die Aussonderung hätte beanspruchen können, wenn der Gegenstand nicht veräußert worden wäre, liegt auch bei einer solchen berechtigten Weiterveräußerung vor. Deshalb steht dem Verkäufer auch in diesen Fällen die Ersatzaussonderung zu.

Hat der Eigentümer die Weiterveräußerung genehmigt, so wird nach den Umständen des einzelnen Falles zu prüfen sein, ob er sich damit des Aussonderungsrechts begeben hat oder nicht [6]).

Die Weiterveräußerung kann erfolgt sein entweder vor der Eröffnung des Verfahrens von dem Gemeinschuldner oder nach der Eröffnung des Verfahrens von dem Verwalter. Zu Unrecht behauptet Stößel [7]), daß die erste Alternative für den Bereich des § 44 nicht in Betracht kommen könne. Es trifft nicht zu, daß eine Aussonderung nach § 44 KO. und damit auch eine Ersatzaussonderung nach § 46 dadurch ausgeschlossen wird, daß der Gemeinschuldner die Ware vor der Konkurseröffnung weiter veräußert. Stößel übersieht, daß auch vor der Konkurseröffnung eine Weiterveräußerung der Ware durch den Gemeinschuldner möglich ist, ohne daß die Ware in den Gewahrsam desselben gelangt zu sein braucht, z. B. durch Uebergabe eines Konnossements.

Steht die Gegenleistung noch aus, so kann der Verfolgungsberechtigte vom Verwalter die Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung verlangen. Er erwirbt die Forderung auf die Gegenleistung nicht etwa ipso jure.

---

6) Vgl. Wilmowsky, § 46, Anm. 5.
7) a. a. O., S. 48.

Ob die Gegenleistung noch aussteht, ist im einzelnen Falle nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen. Hat der Dritterwerber dem Gemeinschuldner oder dem Verwalter gegenüber zum Zwecke der Befriedigung eine neue Verbindlichkeit übernommen, z. B. durch Wechselakzept, so ist dies im Zweifel nicht an Erfüllungsstatt geschehen (§ 364, Abs. 2 BGB.).

Die Gegenleistung steht hier also noch aus. Die Wechselforderung hat hier trotz ihrer formalen Selbständigkeit nach dem Willen der Parteien die Bedeutung eines Sicherungsanspruchs, dessen Ueberweisung (durch Indossament „ohne obligo") der Aussonderungsberechtigte neben der Abtretung der noch ausstehenden Forderung verlangen kann [8]).

Der Anspruch aus § 46, Satz 1 KO. beschränkt sich auf die Abtretung der Forderung samt Nebenrechten (vgl. § 401 BGB.). Eine Gewährleistung der Masse für den Bestand und die Realisierbarkeit der Forderung findet nicht statt.

Ist die Gegenleistung nach der Konkurseröffnung zur Masse eingezogen worden, so geht die Ersatzaussonderung auf den konkreten, noch unterscheidbar in der Masse vorhandenen Leistungsgegenstand.

Ist dieser Gegenstand untergegangen oder nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden, — z. B. Geld ununterscheidbar mit anderem Massegeld vermengt worden —, so findet eine Aussonderung nicht mehr statt. Wohl aber können Masseansprüche aus § 59, Ziff. 1 oder Ziff. 3 gegeben sein. Wird der Gegenstand der Masse vom Verwalter wiederum veräußert, so greift hinsichtlich der neuen Gegenleistung wiederum § 46 Platz [9]).

Was die rechtliche Natur des Anspruchs auf Ersatzaussonderung betrifft, so war nach dem preußischen Recht (§§ 23, 44 der preußischen Konkursordnung von 1855) dem

---

8) Jaeger, § 46, Anm. 15; OLG. Hamburg v. 9. 11. 93 in Seuff. Arch., Bd. 50, Nr. 71; a. M. Stössel, a. a. O., S. 49, der aus der abstrakten Natur der Wechselverbindlichkeit die Schlußfolgerung zieht, der Berechtigte könne die Uebertragung des Wechselrechts nicht verlangen.

9) Jaeger, § 46, Anm. 17; a. M. z. B. Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 4 (keine „Gegenleistung" i. S. des § 46, sondern nur Masseanspruch aus § 59, Ziff. 3 KO.).

Eigentümer ein „Vindicationsanspruch“ in Ansehung der noch ausstehenden Forderung auf den Kaufpreis der vor dem Konkurs veräußerten Sache, dagegen ein Massegläubigeranspruch hinsichtlich des zur Konkursmasse eingezogenen Erlöses zuerkannt. Die Reichskonkursordnung hat beide Fälle gleichartig behandelt. Beide Ansprüche wirken als Aussonderungsansprüche. Dies ist durch Einordnung des § 46 in den Titel „Aussonderung“ klargestellt.

Gleichwohl nimmt Seuffert[10]) an, daß es sich bei der Ersatzaussonderung des § 46 um einen Masseanspruch i. S. des § 59, Ziff. 3 KO. handelt. Der Umstand, daß er an Stelle eines Aussonderungsanspruchs trete, sei kein Grund, ihn anders als die sonstigen Bereicherungsansprüche zu behandeln.

Hiergegen ist jedoch zu bemerken, daß eine rechtlose Bereicherung der Masse in den Fällen der Ersatzaussonderung keineswegs stets vorzuliegen braucht. An einer solchen fehlt es beispielsweise, wenn der Gemeinschuldner schon vor dem Konkurse den Gegenstand veräußert hat, sei es, daß die Gegenleistung noch aussteht (Satz 1), sei es, daß sie nach Konkurseröffnung zur Masse eingezogen ist (Satz 2). Die Bereicherung des Schuldnervermögens war bereits vor der Konkurseröffnung eingetreten. Aus einer derartigen rechtlosen Bereicherung, die schon bei dem Gemeinschuldner eingetreten ist, kann ein Masseanspruch aus § 59, Ziff. 3 KO. nicht entspringen. Vielmehr würden hier nur einfache Konkursforderungen in Frage kommen[11]).

Die wesentliche Bedeutung des § 46 liegt gerade darin, daß er für Fälle der Verfügung vor der Konkurseröffnung einen Anspruch, der sonst bloße Konkursforderung sein würde, mit Aussonderungskraft ausstattet.

Die praktische Bedeutung der herrschenden Ansicht, wonach es sich bei der Ersatzaussonderung nicht um Masseansprüche und damit um einen bloßen Aussonderungsersatz, sondern um eine wirkliche Ersatzaussonderung handelt, liegt darin, daß das Recht auf die noch ausstehende Gegen-

10) a. a. O., S. 100.
11) Vgl. RG., Bd. 66, S. 390.

leistung und die eingezogene Gegenleistung vor Befriedigung der Massegläubiger aus der Konkursmasse ausscheiden [12]).

II. ABSCHNITT:

§ 10. Die Ansprüche gegenüber dem Gemeinschuldner.

Hat der Konkursverwalter die Ware nicht zur Masse gezogen oder dieselbe wieder freigegeben, so richtet sich das Verfolgungsrecht gegen den Gemeinschuldner selbst.

Es trifft zwar nicht zu, wie Oetker, S. 122, behauptet, daß das Verfolgungsrecht sich in erster Linie gegen den Gemeinschuldner selbst als den Mitkontrahenten des Kauf-(Kommissions-)Vertrages richtet und daß sich die Verfolgungsklage gegen den Verwalter erst aus dessen Besitznahme der Ware erkläre, die als bloße Folge des Konkurses den status quo ante nicht zu Ungunsten des Verfolgungsberechtigten verändern dürfe. Diese Auffassung widerspricht der geschichtlichen Entwicklung des Verfolgungsrechts als eines Ausnahmerechts für den Fall des Konkurses des Käufers.

Doch darf andererseits aus der Stellung des § 44 im Titel „Aussonderung" nicht geschlossen werden, daß das Verfolgungsrecht lediglich einen gegenüber der Konkursmasse geltend zu machenden Aussonderungsanspruch begründe.

Vielmehr ist Oetker darin zuzustimmen, daß praktische Erwägungen dazu führen müssen, das Verfolgungsrecht auch gegenüber dem Gemeinschuldner anzuerkennen. Andernfalls würde der Zweck des § 44 KO., den Verkäufer gegen die Insolvenz seines Käufers zu schützen, nur sehr unvollkommen erreicht werden. Es würde alsdann vollkommen in die Entscheidung des Verwalters gelegt sein, ob ein Verfolgungsrecht durchgesetzt werden könnte, je nachdem ob er die Ware nach § 117, Abs. 1 KO. in Besitz genommen hätte oder nicht. Es wäre auch nicht verständlich, weshalb in dem einen Falle die Ware in Händen des insolventen Käufers

12) Jaeger, § 46, Anm. 4; Fitting, § 22, Anm. 29; v. Sarwey-Bossert, § 46, Anm. 5; Wilmowsky, § 46, Anm. 3; Petersen-Kleinfeller, § 46, Anm. 4; Wolff, § 46, Anm. 2, 5; RG. in Leipz. Ztschr. 1908, S. 855; 1909, S. 787.

verbleiben, in dem andern Falle eine Verwertung derselben für die Konkursmasse nicht stattfinden sollte.

Voraussetzung für die Geltendmachung des Verfolgungsrechts gegenüber dem Gemeinschuldner ist allerdings, daß der Konkursverwalter die betreffende Ware nicht für die Masse in Anspruch nimmt. Nach Inhalt und Voraussetzung wird der Verfolgungsanspruch in seiner Richtung gegen den Gemeinschuldner im übrigen nicht abgewandelt. Auch der Gemeinschuldner ist zur Rückübertragung des Besitzes und gegebenenfalls des Eigentums verpflichtet.

An der Erfüllung dieser Verpflichtung hindern ihn auch die Bestimmungen der §§ 6 und 7 KO. nicht. Nach § 6 KO. verliert der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung zwar die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. War das Eigentum bereits auf den Gemeinschuldner übergegangen, so könnte an und für sich nur der Verwalter das Eigentum zurück übertragen. Eine Rückübertragung des Eigentums durch den Gemeinschuldner würde den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sein.

Allein dadurch, daß der Verwalter auf die Inanspruchnahme der Ware für die Masse verzichtet, scheidet dieselbe aus dem Kreise des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens aus. Ueber diese vom Verwalter freigegebenen Vermögensstücke kann der Gemeinschuldner auch während des Konkurses verfügen. Voraussetzung für eine wirksame Freigabe ist aber, daß der Verwalter dieselbe dem Gemeinschuldner durch empfangsbedürftige Willenserklärung kundgibt [1]).

Nach der Freigabe durch den Konkursverwalter ist der Gemeinschuldner allein zur Rückübertragung des Eigentums berechtigt und verpflichtet. Verschlechtert sich der herauszugebende Gegenstand durch Verschulden des Gemeinschuldners, so kann sich der Verfolgungsberechtigte nur an diesen persönlich halten.

Ebenso wie der Verwalter gegenüber dem Verfolgungsrecht ein Zurückbehaltungsrecht in entsprechender Anwendung der Vorschriften über die Verwendungsansprüche des Besitzers gegenüber dem Eigentümer geltend machen kann,

1) RG., Bd. 60, S. 107; Bd. 94, S. 56.

steht dieses Zurückbehaltungsrecht auch dem Gemeinschuldner hinsichtlich der von ihm gemachten Verwendungen zu[2]).

Zu prüfen bleibt die Frage, ob dem Gemeinschuldner ein Zurückbehaltungsrecht auch wegen derjenigen Verwendungen zusteht, welche der Verwalter aus der Masse auf die Ware gemacht hat.

Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob § 999 BGB. Anwendung zu finden hat. Der Begriff der Rechtsnachfolge i. S. des § 999 BGB. umfaßt sowohl die Gesamtnachfolge als auch die Sondernachfolge. Eine solche Sondernachfolge ist auch im Verhältnisse des Gemeinschuldners zu dem Konkursverwalter anzunehmen, welcher die betreffende Ware aus seinem Besitz an den Gemeinschuldner zurückgibt. Doch ist zu beachten, daß es sich bei der Regelung des § 999 BGB. um eine Bestimmung nachgiebigen Rechts handelt. Die Uebertragung der Ansprüche wegen Verwendungen durch den Verwalter auf den Gemeinschuldner wird in der Regel zu verneinen sein. Damit entfällt auch sein Recht, ein Zurückbehaltungsrecht wegen dieser Verwendungen dem Absender gegenüber geltend zu machen.

Ein Zurückbehaltungsrecht für die Masse läßt sich zugunsten des Gemeinschuldners auch nicht damit begründen, daß ein solches für die Masse günstig wirken könnte und deshalb die Verfügungsbeschränkung des § 7 KO. nicht Platz greife. Denn § 7 KO. bezielt keineswegs nur den Konkursgläubigern nachteilige Verfügungen[3]).

Vielmehr wird jedes eigenmächtige Eingreifen des Gemeinschuldners als mit dem Konkurszweck unerträglich hiervon betroffen.

Der Umstand, daß die in § 7 KO. bezielten Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nur „den Konkursgläubigern gegenüber" unwirksam sind, schließt nicht aus, daß auch der — nicht zu den Konkursgläubigern gehörende — Absender die Unwirksamkeit der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch den Gemeinschuldner für die Masse einwenden kann. Denn mit Jaeger[4]) ist entgegen einer verbreiteten Lehre davon auszugehen, daß § 7 KO. nicht eine

2) Vgl. Oetker, Verfolgungsrecht, S. 116.
3) Jaeger, § 7, Anm. 4.
4) a. a. O., § 7, Anm. 8, 9.

„relative Nichtigkeit" der Rechtshandlungen des Gemeinschuldners mit der Wirkung zur Folge hat, daß dieselben zwar im Verhältnis zu den Konkursgläubigern ohne weiteres der Wirksamkeit entbehren, Nichtkonkursgläubigern gegenüber aber wirksam seien. Vielmehr ist als Sinn dieser Gesetzesbestimmung festzustellen: Unwirksamkeit gegenüber jedermann, aber nur zum Zwecke der Erhaltung der Konkursmasse, also nur im gemeinsamen Interesse der Gläubiger.

Der Absender ist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit des Zurückbehaltungsrechts befugt, da er durch die Leistung der Verwendungen an den Gemeinschuldner nicht befreit würde und sein Interesse an der Verhütung doppelter Inanspruchnahme mit dem Interesse der Konkursgläubiger, daß der Gemeinschuldner nicht über Masseforderungen verfüge, sich deckt.

III. ABSCHNITT:

§ 11. Die Rechtsstellung Dritter.

Die Konkursordnung entscheidet die Frage, ob das Verfolgungsrecht auch dritten Personen gegenüber geltend gemacht werden kann, absichtlich nicht.

Das französische Recht und das preußische Recht sowie der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung von 1873 schlossen das Verfolgungsrecht nur gegen redliche Dritte aus, welche vor der Konkurseröffnung durch Kauf die Ware selbst oder das dieselbe repräsentierende Dispositionspapier erlangt haben.

So bestimmt z. B. die preußische Konkursordnung von 1855 § 26[1]):

„Das Recht der Rückforderung der an den Gemeinschuldner verkauften und abgesendeten Waren ist ausgeschlossen: ...

3. Wenn die Waren vor der Konkurseröffnung durch einen Dritten in gutem Glauben auf Grund des Konnossements oder des Frachtbriefes gekauft worden sind."

1) Zit. bei Oetker, Verfolgungsrecht, S. 60.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangte die für das frühere Recht vorherrschende Lehre eines nach rückwärts wirkenden Eigentumsrückfalls. Alsdann wäre der Erwerb eines Dritten als Erwerb vom Nichteigentümer dem Verfolgungsrecht ausgesetzt, soweit nicht die Rechtssätze zugunsten des gutgläubigen Erwerbers eingreifen [2]).

Auch für das geltende Recht wird von den Vertretern der dinglichen Theorie eine solche Wirkung gegenüber Dritten angenommen.

Allein es erhebt sich sogleich die Frage, worin denn der gute Glaube des Dritten bestehen soll. Würde es zutreffen, daß im Falle des § 44 KO. der Eigentumserwerb rückwirkend vernichtet wird, so müßte das Kennen oder Kennenmüssen der Widerruflichkeit des Eigentumserwerbs den guten Glauben ausschließen. Eine solche dem § 142, Abs. 2 BGB. entsprechende Vorschrift besteht aber für das Verfolgungsrecht nicht. Sie würde auch, worauf Jaeger zutreffend hinweist, die Sicherheit des Handelsverkehrs bedenklich erschüttern. Mit Recht versagt das Reichsgericht in RG. Bd. 32, S. 21, dem Umstande, daß der Erwerber bei dem Erwerbe wußte, der Kaufpreis stehe noch aus, und deshalb mit der Rückforderung aus § 44 rechnen mußte, eine ausschlaggebende Bedeutung.

Auch Petersen-Kleinfeller erkennt an, daß hierdurch allein der gute Glaube des Dritterwerbers noch nicht ausgeschlossen werden kann [3]).

Seuffert [4]) unterscheidet, ob der Gemeinschuldner zur Zeit der Weiterveräußerung das Eigentum an der Ware bereits erworben hatte oder nicht. Im ersteren Falle könne der Verkäufer von dem Dritten die Herausgabe nicht verlangen. Auf den guten Glauben komme es alsdann überhaupt nicht an.

Im letzteren Falle hingegen könne er die Herausgabe von dem Dritten verlangen, es sei denn, daß seinem Anspruche Vorschriften des Bürgerlichen Rechts zugunsten derjenigen entgegenstehen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten.

2) Vgl. RG., Bd. 8, S. 84.
3) a. a. O., § 44, Anm. 23.
4) a. a. O., S. 97 u. Bem. 22.

Diese Unterscheidung hat durchaus ihre Berechtigung. Denn wenn der Gemeinschuldner zur Zeit der Veräußerung der Ware an den Dritten bereits Eigentümer war, so ist für die Anwendung der Vorschriften über den rechtsgeschäftlichen Erwerb durch guten Glauben kein Raum mehr, denn der Erwerb erfolgte von dem verfügungsberechtigten Gemeinschuldner, der als Eigentümer verfügte.

War zur Zeit der Weiterveräußerung durch den Gemeinschuldner der Absender noch Eigentümer der Ware, so ist dessen Eigentum durch die Verfügung des Gemeinschuldners nur insoweit erloschen, als die Vorschriften zugunsten des gutgläubigen Verkehrs den redlichen Erwerber schützen.

Der gute Glaube ist nicht schon dann ausgeschlossen, wenn der Dritte annehmen mußte, daß der Konkurs des Käufers bevorstehe. Die Voraussetzungen der Bösgläubigkeit sind hier keine anderen als sonst. Unredlich ist der Dritte nur, wenn er weiß, oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht weiß, daß die Sache dem Veräußerer nicht gehört. Denn es handelt sich um die Frage, ob das Eigentum des Absenders durch den Rechtserwerb des Dritten verdrängt wird[5]).

Auch wenn dem Dritten die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts beim Erwerbe der Ware bekannt sind, kann grundsätzlich eine Herausgabe derselben vom Absender nicht begehrt werden. Unter Umständen kann allerdings dem Dritten gegenüber ein Schadensersatzanspruch wegen unerlaubter Haltung begründet sein. So z. B. wenn die Verfügung den Zweck hatte, das Verfolgungsrecht zu vereiteln, und der Dritte sich dessen bewußt war (§ 826 BGB.).

Ebenso wie dem Eigentum des Dritten muß das Verfolgungsrecht auch gegenüber begrenzten dinglichen Rechten an der Sache zurückstehen. Dies gilt insbesondere auch im Verhältnis zu dem Pfandrecht des Spediteurs und des Frachtführers.

Macht der Absender sein Verfolgungsrecht gegenüber dem Spediteur geltend, so ist dieser zur Herausgabe nicht verpflichtet, gleichgültig, ob er den Besitz für den Käufer oder für den Absender ausübt, ob ihm die Forderungen, auf die sich sein Pfandrecht gründet, gegen den ersten oder den letzteren zustehen. Ist die Ablieferung der Ware durch den

5) Jaeger, § 44, Anm. 30.

Frachtführer bereits erfolgt, besteht aber sein Pfandrecht nach § 440, Abs. 3 HGB. fort und erhält hierauf der Absender auf Grund seines Verfolgungsrechts die Ware vom Konkursverwalter zurück, so kann der Frachtführer kraft seines Pfandrechts die Ware herausverlangen.

Dem Absender steht es natürlich frei, seinem Verfolgungsrecht dadurch Geltung zu verschaffen, daß er die Forderungen des Spediteurs oder des Frachtführers befriedigt und hierdurch deren Pfandrecht zum Erlöschen bringt.

Auch einer Pfändung gegenüber dringt das Verfolgungsrecht nicht durch. Ein dem Aussonderungsanspruch entsprechendes Widerspruchsrecht i. S. des § 771 ZPO. besteht nicht [6]).

Eine kurze Betrachtung mag noch dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht gewidmet werden. Praktisch bedeutsam wird vor allem das Zurückbehaltungsrecht des Spediteurs und Frachtführers wegen ihrer — nicht pfandgedeckten — Forderungen an den Empfänger.

Was zunächst die Natur des kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht anlangt, so wird insbesondere von Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, S. 1057, die Ansicht vertreten, daß es ein dingliches Recht sei. Er hält es für ein wahres, wenngleich in der Rechtsverfolgung beschränktes Pfandrecht. Auch das Reichsoberhandelsgericht vertrat die Ansicht, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein beschränktes gesetzliches Pfandrecht sei, da es Befriedigung aus der Sache, und zwar vor den anderen Gläubigern des Eigentümers gewähre.

Das Reichsgericht hingegen hat sich in einer Reihe von Entscheidungen für den obligatorischen Charakter des Zurückbehaltungsrechts ausgesprochen [7]).

Durch die Fassung des neuen Handelsgesetzbuches kann die Streitfrage, ob das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht

---

6) Jaeger, § 44, Anm. 29; a. M. z. B. Petersen-Kleinfeller, § 44, Anm. 23, der von seinem Standpunkte aus folgerichtig annimmt, der Absender könne auf Grund seines Rückforderungsrechts gem. § 771 ZPO. Widerspruch erheben, indem er geltend macht, daß nicht der Gemeinschuldner, sondern er als Eigentümer anzusehen sei.

7) Z. B. RG., Bd. 8, S. 83; Bd. 14, S. 153; Bd. 69, S. 16.

dinglichen oder obligatorischen Charakter habe, als dahin entschieden angesehen werden, daß es nur ein obligatorisches Recht an der zurückbehaltenen Sache begründe. Dies geht schon aus § 369, Abs. 2 HGB. hervor, wonach das Zurückbehaltungsrecht einem Dritten gegenüber nur insoweit besteht, als dem Dritten die Einwendungen gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe des Gegenstandes entgegengesetzt werden können.

Die Tatsache, daß das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht mit dem Pfandrechte die Rechtswirkung gemein hat, daß dem Zurückhaltungsberechtigten nach § 371 HGB. ein Recht auf Befriedigung aus der Sache selbst eingeräumt ist, kann ebensowenig wie die Bestimmung des § 49, Ziff. 4 KO., wonach das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein Absonderungsrecht gewährt, zwingend für den dinglichen Charakter dieses Rechts verwertet werden.

Es handelt sich hier vielmehr um Einzelwirkungen, welche dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht auf Grund ausdrücklicher Bestimmung verliehen sind. Auf die rechtliche Natur des Rechts haben sie keinen entscheidenden Einfluß.

Nachdem Staub seinen früheren Standpunkt, es handele sich um ein dingliches Recht, seit der 8. Auflage aufgegeben hat, wird heute der dingliche Charakter des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts in Rechtslehre und Rechtsprechung allgemein verneint [8]).

Ist das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ein obligatorisches Recht, so müssen diejenigen, welche im Falle der Ausübung des Verfolungsrechts einen Eigentumsrückfall ex tunc annehmen, folgerichtig ohne weiteres zu dem Ergebnis gelangen, daß das Verfolgungsrecht gegenüber dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht durchdringen muß. Denn die Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts, daß die Sache zum Vermögen des Gemeinschuldners gehöre, würde dann nicht vorliegen [9]).

---

8) Z. B. Düringer-Hachenburg, S. 231, Anm. 281; Staub, § 369, Anm. 37; RG., Bd. 49, S. 82; M. Meyer, a. a. O., S. 56.

9) Vgl. Petersen-Kleinfeller, § 44, Anm. 23; Staub, § 369, Anm. 37.

Geht man jedoch von der obligatorischen Natur des Verfolgungsrechts aus, so bleibt die Frage zu prüfen, ob ein Zurückbehaltungsrecht etwa auf Grund des § 369, Abs. 2 HGB. dem Verfolgungsrecht gegenüber sich durchzusetzen vermag.

Nach dieser Vorschrift kann der Zurückbehaltungsberechtigte sein Recht einem Dritten gegenüber nur insoweit ausüben, als dieser seinen Anspruch auf Herausgabe von dem Schuldner des Zurückbehaltungsberechtigten ableitet, wenn der Schuldner seine Rechte an dem zurückbehaltenen Gegenstand auf den Dritten übertragen hat. Nur dann können ihm die Einwendungen, die dem Zurückbehaltungsberechtigten gegen den Anspruch des Schuldners auf Herausgabe zustehen, entgegengesetzt werden (vgl. §§ 870, 931, 1205 BGB.).

Es fragt sich deshalb, ob das Verfolgungsrecht des Absenders ein derartiges vom Käufer abgeleitetes Recht ist oder nicht. Nur bei Bejahung dieser Frage könnte das Zurückbehaltungsrecht dem Verfolgungsrecht gegenüber durchdringen.

Diese Frage jedoch ist mit Jaeger § 44, Anm. 29 und Düringer-Hachenburg, HGB. 2, S. 730, zu verneinen. Denn es handelt sich bei dem Verfolgungsrecht nicht um einen vom Empfänger hergeleiteten Anspruch des Absenders, sondern um ein eigenes, unmittelbar auf dem Gesetz beruhendes Recht.

Stößel, der dieser Ansicht im übrigen folgt, behauptet trotzdem, das Verfolgungsrecht könne gegenüber dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nicht durchdringen [10]).

Aus der schuldrechtlichen Natur des Verfolgungsrechts schließt er, daß das Verfolgungsrecht lediglich gegenüber der Masse bzw. dem Gemeinschuldner, nicht aber Dritten gegenüber geltend gemacht werden könne. Der Absender könne lediglich das auf den Gemeinschuldner übergegangene Eigentum im Wege der Aussonderung zurückverlangen. Wende er sich aber dann gegen den Zurückbehaltungsberechtigten, so stehe ihm regelmäßig der Einwand des § 369, Abs. 2 HGB. entgegen.

Dieser Begründung kann nicht zugestimmt werden. Die Vorausaussetzungen des § 369 Abs. 2 HGB. liegen eben nicht

---

10) a. a. O., S. 67.

vor. Das Zurückbehaltungsrecht muß daher dem Verfolgungsrecht weichen.

Da das Zurückbehaltungsrecht dem hieraus Berechtigten kein eigenes Recht gibt, das er dem Verfolgungsrecht wirksam gegenüberstellen könnte, so kann er sich auf sein Zurückbehaltungsrecht nur soweit berufen, als der Konkursverwalter Einwendungen gegen den Herausgabeanspruch geltend machen könnte, also bestreiten, daß die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts vorliegen [11]).

IV. ABSCHNITT.

§ 12. Die Geltendmachung des Verfolgungsrechts.

Aus der Natur des Verfolgungsrechts als eines Aussonderungsanspruchs folgt, daß dasselbe ebenso wie das allgemeine Aussonderungsrecht des § 43 KO. außerhalb des Konkursverfahrens geltend zu machen ist. Soweit dem Verfolgungsrecht nicht freiwillig genügt wird, muß der Berechtigte in der Regel den Weg der Klage beschreiten.

Das Konkursgericht ist nicht befugt, im Aufsichtswege den Verwalter zur Herausgabe der Ware an den Verfolgungsberechtigten anzuhalten. In der Praxis sind die Fälle allerdings nicht selten, wo sich Aussonderungsberechtigte an das Konkursgericht wenden mit dem Antrage, den Verwalter anzuhalten, die von ihnen beanspruchte Sache herauszugeben.

Allein das Aufsichtsrecht des Konkursgerichts über den Verwalter beschränkt sich grundsätzlich darauf, die Pflichtwidrigkeiten der Handlungen und Unterlassungen des Verwalters zu prüfen; die Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes des Verwalters unterliegt grundsätzlich nicht der Nachprüfung durch das Gericht.

Der Umfang des Aufsichtsrechts des Konkursgerichts ist zwar im § 83 KO. nicht näher umgrenzt, Es kann aber angenommen werden, daß die Motive den Geist richtig wiedergeben, in welchem die Vorschrift verstanden sein soll.

---

11) So auch Düringer-Hachenburg, a. a. O., S. 232, Anm. 281.

In den Motiven heißt es[1]:

„Keineswegs ist beabsichtigt, das Gericht durch Beilegung von Disziplinarbefugnissen indirekt zu einer oberen Instanz in Verwaltungssachen zu machen. Der bezeichnende Unterschied liegt darin, daß dasselbe niemals die Zweckmäßigkeit, sondern nur die Pflichtwidrigkeit der Handlungen oder Unterlassungen des Verwalters zu prüfen hat."

Nun ist allerdings Wilmowsky darin zuzustimmen, daß in vielen Fällen das Urteil über Vernachlässigung von Pflichten und über pflichtwidrige Handlungen und Unterlassungen nicht von der Beurteilung der Zweckmäßigkeit zu trennen ist. Doch werden diese Grenzfälle bei der Frage, ob einem Verlangen auf Herausgabe einer Ware auf Grund des § 44 stattzugeben sei, kaum praktisch werden.

Es ist davon auszugehen, daß das Konkursgericht jedenfalls nicht befugt ist, von dem Verwalter zu verlangen, daß er positiv bestimmte Verwaltungsakte vornimmt, z. B. Anfechtungsklagen anstrengt[2]). Ebensowenig kann der Verwalter vom Konkursgericht angehalten werden, dem Aussonderungsbegehren eines Verfolgungsberechtigten stattzugeben.

Nicht zu billigen ist auch die Ansicht von Völderndorff, S. 439[3]), daß das Konkursgericht als Vollstreckungsgericht nach § 766 ZPO. zuständig sei, über die Aussonderung zu entscheiden, weil die Konkurseröffnung einer Zwangsvollstreckung in das gesamte Vermögen des Gemeinschuldners gleichstehe und die Inanspruchnahme eines Gegenstandes aus der Masse eine Einwendung gegen die Zwangsvollstreckung i. S. des § 766 ZPO. darstelle. Dieser Ansicht steht entgegen, daß der Aussonderungsberechtigte sein materielles Recht geltend macht, während es sich im § 766 ZPO. um Verfahrensmängel handelt. Hinzu kommt, daß es sich beim Konkurs nicht um eine Zwangsvollstreckung im technischen Sinne handelt.

Eine entsprechende Anwendung des § 766 ZPO. etwa auf Grund des § 72 KO. kommt um deswillen nicht in

1) Zit. bei Wilmowsky, a. a. O., § 83, Anm. 1.
2) Wilmowsky, § 83, Anm. 1.
3) Zit. bei Wilmowsky, § 43, Anm. 7.

Frage, weil die Aussonderungsansprüche auch hinsichtlich ihrer formellen Geltendmachung außerhalb des Konkursverfahrens und unabhängig von demselben zu verfolgen sind.

Das Verfolgungsrecht ist vielmehr im ordentlichen Prozeßverfahren geltend zu machen. Für das Verfahren gelten die allgemeinen prozeßrechtlichen Bestimmungen. Die Klage kann als Leistungs- oder Feststellungsklage bei Vorliegen des rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung erhoben werden (vgl. § 256 ZPO.).

Die Klage richtet sich gegen den Verwalter. Der Antrag geht auf Herausgabe der Ware und gegebenenfalls auf Rückübertragung des Eigentums.

Nicht zutreffend ist der Standpunkt von Seuffert[4]), der Antrag habe auf Verurteilung der Gläubigerschaft zur Freigabe des betreffenden Gegenstandes aus der Konkursmasse zu lauten. Dieser Standpunkt erklärt sich aus der unzutreffenden Auffassung Seufferts, der den Konkursverwalter als Organ der Gläubigerschaft ansieht.

Was die Frage des Gerichtsstandes betrifft, so ist ein eigener Gerichtstand — im Unterschiede von § 771 ZPO. — für Aussonderungsklagen nicht vorgesehen.

Insbesondere ist auch das Gericht des Konkurses nicht als Prozeßgericht für die Entscheidung von Aussonderungsstreitigkeiten berufen, wie z. B. in den Fällen der §§ 146, Abs. 2, 164, Abs. 3, 206 KO.

Als allgemeiner Gerichtsstand für Verfolgungsklagen kommt der Wohnsitz bzw. der Aufenthalt oder letzte Wohnsitz des Massesubjekts und nicht etwa des Konkursverwalters in Frage. Letzteres wird anscheinend auch von der in der Praxis vorherrschenden Theorie, wonach der Verwalter selbst Partei kraft Amtes ist, nicht angenommen.

Auch ein allgemeiner Gerichtsstand der „Masse" ist nicht begründet. Denn die Konkursmasse fällt nicht unter die im § 17 ZPO. genannten „Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können".

Wie die Begründung zur Zivilprozeßordnung hervorhebt, will § 17 ZPO. „den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen und anderer nicht als einzelne physische Per-

4) a. a. O., S. 90.

sonen in Betracht kommenden Parteien, welche nach dem bürgerlichen Recht vor Gericht belangt werden können", regeln [5]).

Es wird also vorausgesetzt, daß der betreffenden Vermögensmasse vom positiven Recht Parteifähigkeit verliehen ist, wie sie für die Konkursmasse als solche nirgends anerkannt ist.

Einen Gerichtsstand der Masse nimmt anscheinend Seuffert an, der behauptet, außer dem Gerichtsstand der Gläubigerschaft (§ 17 ZPO.) könne nur noch der Gerichtsstand des § 24 ZPO. für Aussonderungsklagen in Frage kommen.

Jaeger, § 44, Anm. 24, nimmt an, daß der Verfolgungsanspruch auch im Gerichtsstande des Ortes der Vertragserfüllung erhoben werden könne, da dieser Anspruch die „Aufhebung" des Vertrages erstrebe.

Auch wenn man Jaeger dahin zustimmen würde, die Geltendmachung des Verfolgungsrechts sei ein besonders gearteter Fall des gesetzlichen Rücktrittsrechts vom Vertrage, so kann man doch nicht sagen, die Verfolgungsklage gehe auf Aufhebung des Vertrages. Denn die Aufhebung des Vertrages würde schon durch die bloße Erklärung, das Verfolgungsrecht ausüben zu wollen, herbeigeführt sein. Das Ziel der Verfolgungsklage ist die Rückgewähr des Geleisteten. In der Rückgewähr des Geleisteten kann aber die „Aufhebung" des Vertrages nicht erblickt werden. Denn hierunter ist i. S. des § 29 ZPO. die Aufhebung durch Richterspruch zu verstehen.

Dagegen könnte man mit einer gewissen Berechtigung sagen, daß in der Rückgewähr des Geleisteten die „streitige Verpflichtung" i. S. des § 29 ZPO. gesehen werden könne, sofern die Klage die Aufhebung des Vertrages und Rückerstattung des Geleisteten erstrebt [6]).

Von der hier vertretenen Auffassung der rechtlichen Natur des Verfolgungsrechts aus kann die Klage auf Rückgewähr des Geleisteten nicht im Gerichtsstand des Erfüllungsortes erhoben werden. Denn die Verpflichtung zur Rückgewähr ergibt sich nicht aus dem Kaufvertrage. Sie beruht nicht auf dem zwischen den Parteien bestehenden Vertrags-

5) Zit. bei Jaeger, a. a. O., § 6, Anm. 16.
6) Vgl. RG., Bd. 55, S. 105 ff.

verhältnis. Die aus dem Verfolgungsrecht entspringende Obligation knüpft zwar an dies bestehende Vertragsverhältnis an, beruht aber auf dem Gesetz[7]).

Die Klage ist deshalb im allgemeinen Gerichtsstand des Gemeinschuldners zu erheben.

Eine Frist, binnen welcher das Verfolgungsrecht bei Vermeidung des Erlöschens geltend gemacht werden müßte, ist nicht bestimmt.

Da zur Rückübereignung nach § 929 BGB. Einigung und Uebergabe erforderlich ist, so erfolgt die Vollstreckung des Urteils nach § 894, Abs. 1 ZPO. mit § 897, Abs. 1 ZPO.

Zur vorläufigen Sicherung seines Anspruchs kann der Absender eine einstweilige Verfügung erwirken. Durch diese kann insbesondere die Auslieferung der Ware an den Empfänger untersagt werden.

Um zu verhindern, daß die auf Transport befindliche Ware an die Masse abgeliefert wird, stehen dem Absender noch andere Mittel zu Gebote. Er kann z. B. auf Grund des Frachtvertrages den Frachtführer anweisen, das Gut anzuhalten, zurückzugeben oder an einen anderen Empfänger auszuliefern (vgl. §§ 433, 447, 659 HGB.).

Ist jedoch das frachtvertragliche Verfügungsrecht des Absenders gem. § 433 HGB. erloschen, so braucht der Frachtführer Anweisungen des Absenders nicht mehr befolgen. Er würde sich solchenfalls überdies dem Empfänger gegenüber haftbar machen.

Nach den Bestimmungen des § 33 der Postordnung vom 22. III. 1900 in der Fassung vom 22. XII. 1921 kann der Absender eine Postsendung solange zurücknehmen, als sie dem Empfänger noch nicht ausgehändigt ist[8]).

Auch eine Postsperre i. S. des § 121 KO. hebt das Rücknahmerecht des Absenders nicht auf.

Hat der Absender die Ablieferung der Ware an die Masse noch verhindern können, und wird hierauf vom Konkursverwalter die Herausgabe der Ware verlangt, so kann der Absender das Verfolgungsrecht einwendungsweise geltend machen, namentlich gegenüber einem nicht nach § 17 KO. berechtigten Erfüllungsverlangen des Verwalters.

7) RG., Bd. 41, S. 334.
8) RG., Bd. 43, S. 98.

SCHLUSS:

§ 13. Internationales Recht.

Im internationalen Recht sind bisher feste Rechtsgrundsätze darüber nicht ausgebildet, nach welchen Normen die Zulässigkeit des Verfolgungsrechts bei Versendung einer Ware von einem Staat in den andern zu beurteilen ist. Nach dieser Richtung hin bestehen die verschiedensten Möglichkeiten. Es kann als maßgebend angesehen werden entweder das Recht des Konkursgerichts oder des Versendungsortes oder des Bestimmungsortes oder das für den Vertrag maßgebende Recht oder endlich das Recht des Ortes, wo die Ware sich befindet. Eine gedeihliche Lösung wird nur im Wege internationaler Uebereinkunft gefunden werden können.

Ein Vorschlag des Institut de droit international lautet dahin [1]):

„Le droit de „stoppage in transitu", et autres analogues, pourront être exercés dans la mesure où cela est admis par la loi du pays d'où provient la marchandise, et méme contrairement à celle de la situation ou du pays de la faillite, si la marchandise ne se trouve pas encore dans ce dernier état."

Dieser Vorschlag entspricht für den deutschen Konkurs nicht schon dem geltenden Recht. Denn mit Jaeger ist davon auszugehen, daß mit der Geltendmachung des Verfolgungsrechts jedenfalls im Erfolge die Zugehörigkeit der Ware zur Konkursmasse verneint wird. Dem Grundsatze des § 238 KO. zufolge bestimmt sich die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zur Masse des Inlandskonkurses nach deutschem Konkursrecht, auch wenn der Gegenstand sich im Auslande befindet. Von diesem Standpunkt aus kann gegenüber der In-

1) Zit. bei Jaeger, § 44, Anm. 33.

landskonkursmasse das Verfolgungsrecht dann und nur dann geltend gemacht werden, wenn die Voraussetzungen des § 44 KO. gegeben sind. Ob der Absender Inländer oder Ausländer ist, spielt dabei keine Rolle.

Kohler[2]) erkennt zwar auch an, daß das Verfolgungsrecht gegeben sei, wenn es auch nur nach dem Rechte des Konkursgerichts gelte, denn das Verfolgungsrecht beruhe in letzter Linie darauf, daß das Beschlagsrecht der Gläubigerschaft an der Sache zurücktrete. Daneben will Kohler aber auch das Recht des Ortes, wo die Sache sich befindet, und das Recht, dem die Obligation untersteht, maßgebend sein lassen. So lange die Ware nicht in das inländische Gebiet gelangt und vom Beschlagsrecht erfaßt worden sei, könne der Absender die Ware anhalten und dem Auslieferungsbegehren eine Einrede aus dem Vertragsverhältnis entgegenhalten bzw. nach Maßgabe des Rechts des Ortes, wo die Ware sich befindet, ein Rückbehaltungsrecht geltend machen.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden, denn die Voraussetzungen des Verfolgungsrechts müssen für den deutschen Konkurs ausschließlich nach deutschem Recht beurteilt werden. Ein Zurückbehaltungsrecht kann daher für den Absender nur anerkannt werden, wenn er nach § 44 KO. berechtigt ist, die Ware zurückzufordern.

Dieselben Grundsätze, welche für den Inlandskonkurs aufgestellt sind, werden umgekehrt auch zur Anwendung zu bringen sein, wenn der inländische Verkäufer in das Ausland Waren liefert. Auch hier muß für die Frage, ob demselben ein Verfolgungsrecht zusteht, das Recht des ausländischen Konkursgerichts maßgebend sein[3]).

Es dürfte sich auch im Interesse einer einfachen Lösung der internationalen Abgrenzung, welches Recht für die Zulässigkeit des Verfolgungsrechts maßgebend sein soll, empfehlen, allgemein sich für das Recht des Konkursgerichts zu entscheiden.

---

2) Leitfaden, S. 323.

3) So auch Düringer-Hachenburg, HGB., S. 232, Anm. 282; Petersen-Kleinfeller, a. a. O., § 44, Anm. 2.

Dabei ist allerdings in Rücksicht zu ziehen, daß in manchen ausländischen Rechten schon aus dem Grunde der Zahlungsunfähigkeit ein Verfolgungsrecht anerkannt ist. Man wird annehmen dürfen, daß außerhalb des Konkurses jedenfalls dann ein Verfolgungsrecht geltend gemacht werden darf, wenn es dem Absender nach dem Recht des Bestimmungsortes zusteht. Denn wer dieses Recht noch am Endziel der Reise hat, muß es erst recht unterwegs haben [4]).

4) RG., Bd. 41, S. 333.

Lebenslauf.

Ich, Hans Heinrich Jacobs, wurde am 25. Februar 1899 als Sohn des Kaufmannes Johann Heinrich Jacobs und seiner Ehefrau Dorette, geb. Schröder, zu Grevesmühlen i. M. geboren. Von Ostern 1905 bis Michaelis 1911 besuchte ich die Bürgerschule bzw. Städt. Höhere Knabenschule zu Grevesmühlen und hierauf das Realgymnasium Johanneum zu Lübeck. Im Sommer 1917 bestand ich die Notreifeprüfung. Von Ende Dezember 1917 bis Ende Dezember 1918 stand ich im Heeresdienst. Darauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft ein Semester in Berlin, zwei Semester in Freiburg i. Br., ein Semester in Frankfurt a. M., ein Semester in Kiel und drei Semester in Rostock. Am 24. Oktober 1922 bestand ich das Referendarexamen und am 22. Juni 1926 das Assessorexamen. Seit Mitte Juli 1926 bin ich als Hilfsrichter im Mecklenburg-Schwerinschen Justizdienst beschäftigt.